

Guaranda, Wilton, "Diagnóstico legal de la minería en el Ecuador", *Biodiversidad en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Argentina, 10 de julio de 2009.

Consultado en:

<http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/50457>

Fecha de consulta: 15/02/2013.

El sector minero ha sido una actividad a la cual el estado no ha dado mayor importancia en los últimos años, por lo cual se han generado una serie de arbitrariedades de parte de los empresarios mineros que han provocado perjuicio al Estado, a las comunidades directamente afectadas y a la economía Nacional. La escasez próxima de los yacimientos petroleros, ha situado al sector minero como la nueva opción de desarrollo en el país, en este marco se han suscitado algunos eventos de carácter político, sociales, legales y económicos que vale la pena analizar para tener una idea fundamentada de lo que significaría para el Ecuador una actividad bajo las circunstancias actuales promovidas por el actual gobierno.

## I. INTRODUCCIÓN:

La minería es la obtención selectiva de los minerales y otros materiales a partir de la corteza terrestre. Esto también corresponde a la actividad económica primaria relacionada con la extracción de elementos y es del cual se puede obtener un beneficio económico. Dependiendo del tipo de material a extraer y beneficiar, la minería se divide en metálica y no metálica. Las actividades mineras comprenden diversas etapas, cada una de las cuales conlleva impactos ambientales particulares. En un sentido amplio, estas etapas serían: prospección y exploración de yacimientos, desarrollo y preparación de las minas, explotación de las minas, tratamiento de los minerales obtenidos en instalaciones respectivas con el objetivo de obtener productos comercializables. En la fase de exploración, algunas de las actividades con impacto ambiental son la preparación de los caminos de acceso, mapeos topográficos y geológicos, el montaje de campamentos e instalaciones auxiliares, trabajos geofísicos, investigaciones hidrogeológicas, aperturas de zanjas y pozos de reconocimiento, tomas de muestras, etc. Durante la fase de explotación, los impactos que se producen están en función del método utilizado. En las zonas de

bosque, la sola deforestación de los suelos con la consiguiente eliminación de la vegetación --más vasta en los casos de minas de cielo abierto-- tiene impactos a corto, mediano y largo plazo. La deforestación no solo afecta el hábitat de cientos de especies endémicas (muchas llevadas a la extinción), sino el mantenimiento de un flujo constante de agua desde los bosques hacia los demás ecosistemas y centros urbanos. La deforestación de los bosques primarios causa una rápida y fluida escorrentía de las aguas provenientes de las lluvias, agravando las crecidas en los periodos de lluvia debido a que el suelo no puede contener el agua como lo hace en presencia de las masas boscosas. Además del área perturbada por la socavación, el desgaste que las minas provocan en la superficie por la erosión y colmatación (sedimentación del lecho de los cursos de agua) consiguientes, se ve agravado por los montones de residuos de roca sin valor económico (a los que se llama material estéril), que suelen formar enormes montañas a veces más grandes que la superficie sacrificada para la socavación. Revisando el mapa minereológico del Ecuador, preocupa sobremanera observar que la mayor parte de los yacimientos minerales y concesiones mineras en el Ecuador se encuentran en las estribaciones de los Andes. Estas áreas, que incluyen a millones de hectáreas de bosques nublados y de páramos, juegan un rol crucial en la protección de las cuencas altas y medias de la mayoría de los ríos del país y proveen de agua potable a millones de habitantes. Estos bosques también protegen a gran parte de la biodiversidad de la nación.

La minería moderna utiliza y contamina enormes cantidades de agua. Para producir una tonelada de cobre se requiere entre 10.000 y 30.000 litros de este vital recurso. Esta cifra no incluye los millones de galones de agua que tienen que ser evacuados diariamente de la mayoría de las grandes minas debido a presencia de aguas subterráneas que afloran dentro de las grandes profundidades de las minas a cielo abierto. Por ejemplo los yacimientos de Junín en la cordillera de Toisán y Cordillera del Cóndor se encuentran en áreas muy ricas en recursos hídricos, que serán contaminados por efectos de la minería. En las zonas y países altamente biodiversos, uno de los impactos más nocivos de la minería metálica a gran escala es la deforestación, y la pérdida de la biodiversidad. En el gráfico podemos observar el número de concesiones mineras otorgadas por el estado a empresas Nacionales

y Transnacionales, lo que nos proporciona una idea de los impactos ambientales que esta actividad significará.

Para identificar algunos temas de importancia sobre la minería en Ecuador, se debe considerar que la preocupación sobre el tema es reciente y que por lo tanto los estudios y evaluaciones al respecto son todavía insuficientes. En particular, la minería no-metálica ha sido motivo de menor controversia ambiental que la metálica. Un hecho si es incuestionable, el sector minero ha sido una actividad a la cual el estado no ha dado mayor importancia en los últimos años, por lo cual se han generado una serie de arbitrariedades de parte de los empresarios mineros que han provocado perjuicio al Estado, a las comunidades directamente afectadas y a la economía Nacional, razón por la cual la Asamblea Constituyente le dio un tratamiento especial, declarando un Mandato en esta materia. Sin embargo, la escasez próxima de los yacimientos petroleros, ha situado al sector minero como la nueva opción de desarrollo en el país, en este marco se han suscitado algunos eventos de carácter político, sociales, legales y económicos que vale la pena analizar para tener una idea fundamentada de lo que significaría para el Ecuador una actividad bajo las circunstancias actuales promocionadas por el actual gobierno. En este contexto, la minería tiene que articularse a un conjunto de disposiciones legales que deben intervenir en la solución de conflictos que se van a presentar por el inevitable impactos que la Minería traerá sobre los recursos naturales, el ambiente y las personas. Dicho de otra manera, para un desarrollo de la minería tiene que contarse con un marco legal apropiado que sea capaz de garantizar que los derechos, tales como al agua, a la soberanía alimentaría, a la propiedad, la consulta previa, ambiente sano, derechos de la naturaleza, salud y otros que estén en contraposición con la extracción minera y que puedan verse afectados, no se vulneren.

## II. LA MINERÍA Y SU REGULACIÓN ANTES DE LA NUEVA LEY MINERA

Hasta 1991, Ecuador carecía de normas ambientales específicas para la gestión minera. La única norma ambiental vigente era la Ley de Control y Prevención de la Contaminación de 1976, que fijaba padrones generales y medidas de prevención y control de la

contaminación. La nueva Ley de Minería de 1991 estableció, por primera vez en el país: 1) la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental y planes de manejo antes del inicio de cualquier actividad minera; 2) la causal de caducidad del título minero por "grave daño ambiental"; y 3) la restricción de las actividades mineras en áreas naturales protegidas, a menos que aquellas fueran declaradas de interés nacional. A la luz de esta norma, el Ministerio de Energía y Minas elaboró una reglamentación interna para procesar y calificar los estudios de impacto ambiental. En 1997 se aprobó el Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, primer instrumento normativo del país que definió formas y procedimientos para prevenir y enfrentar los impactos ambientales y socio-culturales generados por la minería. Al promulgarse, los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas no tenían todavía el rango de garantía constitucional. El Reglamento estableció regulaciones más precisas para los estudios de impacto ambiental y los planes de manejo, distinguiendo las diferentes fases del proceso de aprovechamiento e industrialización de productos mineros, estipulando la realización de auditorias anuales, y llegando a la definición de las normas para el cierre de minas. Asimismo, el reglamento prohibió la explotación en áreas protegidas y requirió un permiso previo a la concesión, otorgado por la autoridad competente, para realizar minería en áreas de patrimonio forestal o bosques protectores. Se creó también una garantía por daño ambiental y se abrió la posibilidad de que los pequeños mineros presenten estudios y planes conjuntos para el manejo integral de ciertas áreas. La garantía por daño ambiental que se exige a los titulares de derechos mineros es irrevocable y equivalente al valor del presupuesto anual del Plan de Manejo Ambiental, para garantizar la ejecución del mismo si no es cumplido por el titular. La garantía es un requisito para la aprobación por la autoridad ambiental minera de la Evaluación de Impacto Ambiental y del Plan de Manejo respectivo. La Ley de Gestión Ambiental de 1999 extendió el régimen de estudio de impacto a todas las actividades y estableció, en su artículo 6º, que "por excepción" se podría realizar explotación de recursos no renovables en áreas naturales protegidas. A su vez, la Ley Forestal y de conservación de flora y fauna silvestres, prohibió la constitución de derechos reales en el sistema de áreas naturales protegidas, siendo el título minero por ley un derecho real. El marco jurídico en materia minera, desde 1991, consta de reglas bastantes débiles para la prevención ambiental; sin embargo en el año 2000 se produce una reforma bastante

lamentable para el Ecuador, la misma que fue elaborada en el marco del Proyecto PRODEMINCA del Banco Mundial, destinado a abrir el Ecuador a la industria minera transnacional, a través de creación de base de datos mineralógicos; modificación de legislación nacional como la Ley Trole; debilitamiento de controles fiscales, y ambientales; obligatoriedad de entregar concesiones solicitadas, prohibición a las autoridades de suspender actividades mineras, y la promoción de incentivos fiscales corporativos (0 regalía) de modo que la comercialización de la minería estuvo exenta de pagar IVA, etc. Es decir esta importante reforma propiciaba condiciones atractivas para la inversión minera a gran escala en condiciones nefastas para el Ecuador de modo que como ha sido señalado, incluso desde el Gobierno Nacional, esta Ley resultó tremendamente perjudicial a los intereses del Estado y de las comunidades locales afectadas por esa actividad. En orden cronológico, las modificaciones de la legislación, posteriores a la indicada Ley de Fomento Minero, son: el Decreto Ley 06, que puso en vigencia la Ley de Minería, de 1985; la Ley 126 de Minería, de 1991; y las reformas a ésta, mediante la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, de 2000, y el Reglamento General Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Minería, de 2001. Las instituciones estatales para la gestión ambiental minera surgieron en forma paralela a la legislación. Así fue creada la Unidad Ambiental Minera dentro de la Subsecretaría de Minas del Ministerio de Energía y Minas. La Unidad podía contratar consultorías especializadas para la calificación de los estudios de impacto y los planes de manejo ambiental, así como para la realización de auditorías ambientales. En 1997 se creó el Ministerio del Ambiente, como autoridad ambiental nacional, y desde la sanción del Reglamento Ambiental para Actividades Mineras, Ecuador cuenta con un régimen de evaluación de impacto ambiental de las actividades del sector, cuya administración compete a la Subsecretaría del Ministerio de Energía y Minas, integrante del Sistema Descentralizado de Gestión Ambiental, cuya dirección y rectoría corresponde por ley al Ministerio del Ambiente. La reforma de 2000 a la Ley de Minería estableció que la Subsecretaría de Protección Ambiental del Ministerio de Energía y Minas actuará como responsable para el sector minero, bajo la coordinación del Ministerio del Ambiente. Esta resolución fue cuestionada debido a que no es conveniente que el mismo Ministerio que desarrolla una actividad extractiva, controle sus impactos, de modo que debía otorgársele un grado mayor de autonomía de la autoridad

ambiental frente al sector minero. A partir de 1996, en el marco del proyecto Prodeminca, financiado por el Banco Mundial, se inicia un proceso de seguimiento del impacto ambiental en los ríos de la región aurífera del sur de Ecuador y se establece un sistema de información automatizada que dota al Ministerio de Energía y Minas de un instrumento técnico de control. Sin embargo, las actividades de seguimiento y control fueron muy limitadas, particularmente en lo que se refiere a la gestión de procesos mineros específicos. La administración ambiental reacciona fundamentalmente a partir de las denuncias, para lo cual existe un reglamento interno de procesamiento de las mismas. En general, el principal instrumento de gestión es el estudio de impacto ambiental, que tendía a ampliarse e incluir a las actividades en marcha. Sin embargo, estos estudios mostraron niveles insuficientes de calidad técnica y enormes debilidades

Bajo este marco jurídico e institucional, es que en los últimos años empresas transnacionales han adquirido concesiones y han desarrollado trabajos de prospección y exploración minera en varios sitios de la geografía ecuatoriana, identificando importantes prospectos mineros como la Cordillera del Toisán, en la provincia de Imbabura, los páramos andinos de Tarqui en la provincia del Azuay y, especialmente, la Cordillera del Cóndor en el sur de la Amazonía ecuatoriana, provincias de Morona Santiago y Zamora Chinchipe.

Conforme los trabajos de exploración han ido arrojando resultados y la presencia de las empresas mineras en las zonas se ha hecho más intensa, los conflictos socio ambientales proliferan y recrudecen debido principalmente a que el debilitamiento de la Ley que regula esta actividad hacía imposible imponer sanciones, declarar extinciones a las concesiones, nulidad de los contratos de concesión, etc. La oposición llegó desde varios sectores, unos de los casos emblemáticos ha sido la resistencia de los pobladores de Intag a las actividades de la minera Ascendant en la Cordillera del Toisán, que concluyó finalmente con la Declaración oficial del Gobierno de dar por extinguida la concesión minera en las concesiones Golden 1 y Golden 2. El Ministerio de Minas y Petróleos revertió al Estado 587 concesiones mineras, entre las que se encuentran varias de la canadiense Ascendant Cooper S.A. La causal para la caducidad es el incumplimiento en el pago de las patentes de

conservación. A pesar de que el Estado cedió casi gratuitamente estas concesiones al poner una patente de apenas \$1 por hectárea no fue respondida por las empresas y en otros casos lo hicieron tarde, mal o nunca, afirmó el ex titular de esa Cartera, Galo Chiriboga. Para el año 2006, la movilización de la Nacionalidad Shuar en el norte de la Cordillera del Cóndor, de sectores campesinos mestizos, de comunidades Kichwa Saraguro en el sur de esa Cordillera, Cuenca del río Nangaritza y de los gobiernos locales de la región, impidieron el desarrollo de las actividades mineras en zonas donde se pretende implementar proyectos de minería a cielo abierto como Tundayme, Warints, San Carlos, Panantza, entre otros.

En todos estos proyectos anteriores, varios derechos constitucionales en favor de las comunidades y de los pueblos indígenas afectados por decisiones de riesgo ambiental, como el derecho a la consulta previa informada, la integridad física, el derecho a la resistencia y organización social, al acceso a la información y petición, han sido violados sistemáticamente durante los diez años de vigencia de la Constitución de 1998, al haberse otorgados concesiones y autorizado proyectos mineros, sin cumplir con estos derechos constitucionales.

### III. SITUACIÓN DE LA MINERÍA A PARTIR DEL MANDATO MINERO.-

En esta lógica de establecer un marco regulatorio apropiado para la actividad minera y el resarcimiento de los perjuicios económicos habidos o por haber hacia el Estado, la Asamblea Nacional Constituyente considerando que es necesario que la exploración y explotación minera esté desarrollada en base al respeto del medio ambiente y los derechos de los pueblos indígenas, afro ecuatorianos y otras comunidades afectadas por esta actividad; y, además porque es necesario que el Ecuador promueva mecanismos de planificación, reordenamiento territorial y definición del uso del suelo a corto y largo plazo, tanto de los recursos renovables y no renovables, resolvió el 15 de Abril de 2008, dentro de otros aspectos: resolvió “ Declarar la extinción sin compensación económica de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de Diciembre de 2007 o que no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no hayan realizado los procesos de consulta Previa, inclusive las que estén pendientes de Resolución Administrativa” (Art. 1 del

Mandato minero). Además, “ Se declara la caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley Minería, es decir hasta el 31 de Marzo de cada año y por adelantado a partir del año 2004” (Art. 2 del Mandato minero) . Esta Resolución trajo consigo una dura discusión en la Asamblea Constituyente que rebasó ese escenario y se situó en el propio gobierno, en donde habían criterios que pugnaban por no dejar aprobar este Mandato con el pretexto de que traería desempleo, inseguridad jurídica, alejaría las inversiones o que el Ecuador podía estar sujetando a demandas internacionales por declarar las caducidades a algunas concesiones realizadas años anteriores.

En este escenario se empezó a visibilizar el Presidente de la República quien empezó a convertirse, quizás sin quererlo, en el vocero del sector minero, pues a la par que apoyaba ciertas reformas a la Ley de Minería y a la estructura de funcionamiento del sector minero, pugnaba por que el Ecuador reconociera que la explotación de la minería era la nueva posibilidad de su desarrollo, y en este contexto cuestionó algunos artículos del Mandato minero. Lo cierto es que, lejos de la opinión de los empresarios mineros que manifestaron que este Mandato significaría pérdidas de empleo y graves consecuencias económicas a familias y a la economía del Ecuador, el mandato minero era necesario para reestablecer la situación minera a favor del control del Estado, pues estaba siendo manejada de manera partidista por aquellos grupos de poder que se han enriquecido en el manejo del Estado y los recursos naturales. Tal como lo establece el Mandato minero, la extinción de las concesiones está dirigida a aquellas actividades de minería a mediana o gran escala, no a la minería artesanal o no metálica que sigue explotándose en nuestro País. En todo caso, estas críticas que se dieron al Mandato no son otra cosa que la respuesta de una clase política y económica que estaba acostumbrada a lucrarse de los recursos de nuestro País sin respetar en lo mínimo la naturaleza y las personas que habitan dentro de las zonas de influencia. El mandato Minero incorpora disposiciones que fortalecen las herramientas de defensa de la naturaleza y de los derechos de las comunidades locales frente a proyectos extractivos que puedan afectarlos (Derechos de la Naturaleza, principio In dubio pro Natura, responsabilidad ambiental objetiva, derecho a recuperar lugares rituales y sagrados, etc.). Preocupa desde luego la posición del Presidente de la República que se ha erigido



como el vocero de los empresarios mineros al ponerse en franca oposición a este Mandato y al estar anunciando que el país debe entrar indiscutiblemente en una era minera. La pregunta que surge es ¿el gobierno es incapaz de planificar el desarrollo de nuestro País, sin depender de la extracción de recursos del subsuelo? El debate es infinito pero no debe perderse de vista que dentro de este modelo de desarrollo extractivo y globalizante, el petróleo y cualquier otro recurso no nos significará un desarrollo sostenible y sustentable, sólo con mirar el escenario mundial nos podemos dar cuenta que los países subdesarrollados que han optado por procesos de producción alternativos o con valor agregado han sido capaces de superar sus crisis.

El Mandato Minero ha quedado resumido a “una ponderable decisión política” pero no ha tenido efectos prácticos, debido a que el Ministerio de Minas y Petróleos no ha realizado los controles suficientes para ejecutar las resoluciones del Mandato. Muchas de las empresas que tenían concesiones mineras en zonas protegidas, otras que no habían pagado tasas al Estado o que estaban haciendo labores de exploración o explotación sin haber realizado procesos de consulta previa, continuaron y de hecho continúan trabajando sin que el Ministerio diga algo al respecto. Casos concretos de esta realidad la podemos observar, por ejemplo, en la problemática suscitada en la comunidad de Pacto en el Nororiente de Pichincha, en donde empresas mineras continuaron extrayendo oro de los ríos desacatando el Mandato Minero lo que provocó que la comunidad reaccione y ante el impedimento de ésta se produjo un enfrentamiento entre personas armadas contratados por la empresa minera y la comunidad, que felizmente no produjo un desenlace fatal. Otra situación similar sucedió en Tenguel, Parroquia de la Provincia del Guayas, en donde una empresa minera, desacatando el Mandato Minero continuó laborando sin cumplir con los mínimos principios de prevención ambiental, lo cual tuvo que ser denunciado por los dirigentes de la comunidad, generando reacción de violencia de parte de la empresa minera y actores allegados, que estuvieron a punto de victimar a una de sus dirigentes, esta empresa fue clausurada por el Ministerio de Minas y Petróleos en mayo de 2009, entre otros casos.

#### IV. EL NUEVO ESCENARIO CON LA APROBACIÓN DE LA LEY MINERA.-

Como mencionábamos en el capítulo anterior, uno de los pilares de la economía que el Presidente Rafael Correa quiere constituir, para la sostenibilidad de su gobierno, es la minería. Para ello puso todos los esfuerzos necesarios de modo que se aprueba bajo sus condiciones, la nueva ley de minería. La nueva ley esta en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial No. 517, del jueves 29 de enero de 2009. este instrumento legal ha despertado la polémica en todos los actores involucrados. Por el sector empresarial, se cuestiona a la Ley en la medida en que ésta establece costos poco competitivos para mantener la concesión y para las regalías en la etapa de explotación, pues comparativamente con otros países establece tarifas y valores más altos, a pesar de lo cual es un avance para iniciar la minería a gran escala. Voceros de este sector indican que el clima de inversión en el país no ayuda, que la seguridad sobre la concesión es débil por las condiciones que pone la Ley para conservarlas y que la Ley no extingue la vigencia del Mandato Minero. Para el Gobierno, la Ley Minera es un avance real frente a la Ley anterior para despegar el sector minero. Para el Legislativo, en su momento, fue motivo de imposición, pues la Ley tenía que ir por que ir, a pesar de las protestas de las organizaciones Indígenas y ambientalistas a quienes Correa calificó como infantiles. Para el sector ambientalista y sectores indígenas como la CONAIE, la Ley minera tiene como único objetivo poner el marco legal para dar vía libre a la minería a cielo abierto sin suficientes controles ambientales. La ley abre la puerta a la Minería de gran escala y es inconstitucional, (tema del que analizaré mas adelante). A pesar de que la minería a gran escala podría significar importante ingresos para el país, necesariamente transformaría el desarrollo del País?. Para Alberto Acosta \_impulsor del mandato Minero y critico de la ley de minería- no es así. El considera que mientras sigamos atados a las políticas basados en el extractivismo lo que se seguirá fomentando es el clientelismo y no se dará pasos a políticas mas integrales y de participación ciudadana.

## V. POR QUE ES INCONSTITUCIONAL LA LEY MINERA APROBADA EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA?

La Ley Minera aprobada por la Asamblea Nacional, incluye 158 artículos, siete disposiciones generales, nueve transitorias y dos finales. En líneas generales, como lo

explicaron varios asambleístas de la comisión de desarrollo económico y producción, la Ley regula el otorgamiento de concesiones mineras. Las mismas no podrán ser entregadas a personas que hayan tenido cualquier conflicto de intereses en el sector. Según la versión legislativa, a través de este cuerpo legal, se prohíbe la actividad en áreas protegidas y que para iniciar una actividad en esta área se requiera de forma obligatoria permisos de ministerios del ramo, de la secretaría de telecomunicaciones, de la dirección de aviación civil, (DAC) y del instituto de Patrimonio Cultural. Los territorios mineros en su más amplia extensión serán reordenados de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo. Se establecen sanciones para la explotación legal, el comercio clandestino a invasiones de áreas mineras, entre otros. En cuanto a las regalías, se establece que el concesionario minero deberá pagar una renta no menor al 5% sobre las ventas adicionales, al pago del 25% del impuesto a la renta y del 12% a las utilidades determinadas en la Ley. En general, el 60% de las regalías deberá ir para proyectos productivos a través de los municipios y el 50% de ese porcentaje a las instancias de cada gobierno. Se regulará además toda forma de precarización laboral y la contratación de personal nacional. Estas bondades de la Ley no son aceptadas por algunas organizaciones sociales y los líderes de las comunidades que serán directamente afectadas, debido a que la Ley no fue debatida ampliamente, este debate implicaba la posibilidad no solamente de debatir sobre los artículos de la Ley sino el de establecer un dialogo nacional que permitiera dar información a la ciudadanía sobre lo que significa abrir la posibilidad para que nuestro país se convierta en un estado minero, teniendo en cuenta el nuevo enfoque de desarrollo de la nueva constitución y los derechos que se verán enfrentados por esta actividad.

En este sentido, la CONAIE y Representantes de los Sistemas de agua de algunas Parroquias y Comunidades del Azuay, propusieron acciones de inconstitucionalidad a la mencionada Ley. Este fue un esfuerzo colectivo, en el cual participaron como asesores otras organizaciones como INREDH, Pachamama, Lianas y Acción Ecológica. Esta parte me referiré a un resumen de los puntos mediante los cuales la CONAIE en coordinación con la Red Jurídica Amazónica RAMA presentamos dentro de la demanda de Inconstitucionalidad a la Ley de Minería, en la cual hemos cuestionado la aprobación de esta Ley, argumentos que desde luego son legítimos debido a que el sistema de aprobación

y los contenidos de varios artículos de la ley son contrarios a la Constitución y los Instrumentos Internacionales de protección de derechos humanos.

V. 1) Violación al Derecho a la Consulta Previa pre-legislativa de la Nacionalidades Indígenas[2] .

El Artículo 57, numeral 17 de la Constitución establece el derecho de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. La Ley de Minería afecta los derechos colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas porque pretende regular actividades mineras cuyas áreas concesionadas y por concesionar se encuentran ubicadas dentro de sus territorios; y, porque regula el procedimiento para la realización de consultas a las nacionalidades y pueblos (Art. 90 de la Ley de Minería). Consecuentemente, antes de la puesta en vigencia de la Ley de Minería debió haberse realizado la consulta prevista en la invocada norma constitucional. Más aún, la decisión de poner en vigencia la Ley de Minería debió cumplir con lo prescrito en el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales del cual el Ecuador es parte: esto es: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” Ninguna consulta previa fue realizada por el Estado, ni a la comunidad nacional ni a las nacionalidades indígenas del Ecuador. El artículo 57(17) de la Constitución de la República del Ecuador establece un requisito procedimental para la adopción de una ley, sin el cumplimiento del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas la Ley de Minería no podía ser adoptada. Por lo antes expuesto, la Ley de Minería fue adoptada violando el artículo 57(17) de la Constitución y el artículo 6 de la Convención 169 de la OIT, por tanto, al no haberse seguido el procedimiento ordenado por la Constitución, la Ley de Minería es inconstitucional por la forma y debe ser declarada como tal por esta Corte Constitucional.

V. 2) Violación al principio de división y jerarquía de las leyes[3] .

La Constitución de la República del Ecuador, en el capítulo segundo, de la Función Legislativa, sección tercera. Procedimiento legislativo, el artículo 133, dispone: “Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: 1.- Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución. 2.- Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3.- Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados. 4.- Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral. La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional. Las demás serán leyes ordinarias, que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica.” La Disposición Final Segunda de la Ley de Minería es abiertamente inconstitucional y arbitraria. Dice que las normas de la Ley de Minería “prevalecerán sobre otras leyes y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines”. Es absurdo pretender que una ley, por más que beneficie a poderosos sectores involucrados con la actividad minera tenga “privilegios” respecto a las otras leyes de igual o mayor categoría jurídica. De acuerdo a la Constitución (Artículo 133) en el Ecuador hay leyes orgánicas y ordinarias. De acuerdo a la materia de que trata, la Ley de Minería es una ley ordinaria y como tal no podrá modificar ni prevalecer sobre leyes orgánicas. Tampoco podría hacerlo respecto a otras leyes ordinarias, sino de acuerdo a los principios generales del Derecho, es decir prevalecerá en cuanto sea especial respecto a otra ley general en relación a la materia de que se trate. Respecto a la reforma, no hay fundamento jurídico para que esta Ley tenga un régimen sui generis y no se reforme como todas las leyes, de acuerdo a los principios generales del Derechos, es decir expresamente, por una ley que explícitamente reforme sus contenidos, o tácitamente, si una nueva ley de igual o superior categoría jurídica incluye preceptos distintos a los previstos en esta ley. Por disposición constitucional toda norma debe ser definida como orgánica u ordinaria y más cuando el artículo 133 antes citado establece en que casos es orgánica una ley, pero el manejo político de la Comisión de legislación y fiscalización y del Presidente de la República, han impuesto inconstitucionalmente, que esta Ley de hecho sea orgánica aunque no se ajuste a los requisitos constitucionales para ser tal. Al imponerse el carácter y jerarquía de la ley en la disposición final segunda, en la que se menciona que “sus normas

prevalecerán sobre otras leyes”, lo que se intenta es inventarse por fuera de las disposiciones constitucionales esta denominación que no existe y menos responde al orden jerárquico que establece la Constitución, es decir es una normatividad que al no haberse definido su carácter y orden jerárquico, queda totalmente fuera del ordenamiento jurídico constitucional, atenta contra el respeto al bloque de constitucionalidad de los derechos, razón suficiente para que la totalidad de la Ley de Minería sea declarada inconstitucional.

#### V. 3) Violación al Derecho al Territorio de las Nacionalidades Indígenas[4].

El derecho al territorio de las nacionalidades indígenas se encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador: “Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:[...] 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. [...] 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.” La ley de minería vigente contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera, estos artículos son: “Art. 15.- Utilidad pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta Ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador.

Art. 59.- Construcciones e instalaciones complementarias.- Los titulares de concesiones mineras, pueden construir e instalar dentro de su concesión, plantas de beneficio, fundición y refinación, depósitos de acumulación de residuos, edificios, campamentos, depósitos,

ductos, plantas de bombeo y fuerza motriz, cañerías, talleres, líneas de transmisión de energía eléctrica, estanques, sistemas de comunicación, caminos, líneas férreas y demás sistemas de transporte local, canales, muelles y otros medios de embarque, así como realizar actividades necesarias para el desarrollo de sus operaciones e instalaciones, sujetándose a las disposiciones de esta Ley, a la normativa ambiental vigente y a todas las normas legales correspondientes previo acuerdo con el dueño del predio superficial o de haberse otorgado las servidumbres correspondientes, de acuerdo con lo establecido en la Constitución de la República, la presente Ley y su Reglamento General.

Art. 100.- Clases de servidumbres.- Desde el momento en que se constituye una concesión minera o se autoriza la instalación de plantas de beneficio, fundición y refinación, los predios superficiales están sujetos a las siguientes servidumbres : a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera. El concesionario minero, deberá de manera obligatoria cancelar al propietario del predio, un valor monetario por concepto de uso y goce de la servidumbre, así como el correspondiente pago por daños y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y Control determinará ese valor; b) Las de tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras y todo otro sistema de transporte y comunicación; c) Las establecidas en la Ley de Régimen del Sector Eléctrico para el caso de instalaciones de servicio eléctrico; y, d) Las demás necesarias para el desarrollo de las actividades mineras.

Art. 103.- Constitución y extinción de servidumbres.- La constitución de la servidumbre sobre predios, áreas libres o concesiones, es esencialmente transitoria, la cual se otorgará mediante escritura pública y en caso de ser ordenada por resolución de la Agencia de Regulación y Control Minero, se protocolizará. Estos instrumentos se inscribirán en el Registro Minero. Estas servidumbres se extinguen con los derechos mineros y no pueden aprovecharse con fines distintos de aquellos propios de la respectiva concesión o planta; y pueden ampliarse o restringirse según lo requieran las actividades de la concesión o planta”. En la mencionada ley de minería se consagra además la “libertad de prospección”

por la cual se permite a cualquier persona irrumpir en territorio de las nacionalidades indígenas para realizar actividades de prospección: “

Art. 28.- Libertad de prospección.- Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta Ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta Ley”. Para comprender como los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de la Ley de Minería contravienen los artículos 57(4), 57(8) y 57(11) de la Constitución de la República del Ecuador, debemos antes entender el contenido del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas. Para el tratadista Pedro García Hierro, “[l]a territorialidad es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones indígenas, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste, por eso, una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman”[5]. La idea de que el derecho al territorio es la base del ejercicio de todos los demás derechos colectivos de las nacionalidades indígenas ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde su célebre sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el estado de Nicaragua (2001), en la cual declaró que: “[l]os indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” .[6] El Ecuador ratificó el Pacto de San José (Convención Americana de Derechos Humanos) el 8 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia contenciosa de



la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, por lo que las líneas jurisprudenciales señaladas por la Corte IDH forman parte del sistema jurídico ecuatoriano. A raíz del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni la Corte estableció una línea jurisprudencial en la que: “ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados [...]. La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”. [7] La evolución de la jurisprudencia del Sistema Interamericano llevó a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, determine que el Estado de Paraguay violó el derecho a la vida en perjuicio de la comunidad al privarla de su territorio necesario para su subsistencia económica y cultural [8]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asimilado el derecho a la propiedad privada con el derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, es así como en la jurisprudencia que hemos citado en la presente demanda, la Corte ha determinado la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “ Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. El derecho de las nacionalidades indígenas a su territorio está recogido en otros instrumentos internacionales de los cuales el Estado ecuatoriano es parte como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [9]: “Artículo 4 1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Artículo 13 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Artículo 14 1 . Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre

las tierras que tradicionalmente ocupan. [...] 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Artículo 15 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Artículo 16 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan”. Hay que entender que la condición jurídica que un Estado otorgue a las tierras indígenas no es esencialmente relevante respecto a la percepción interna del pueblo indígena. Sin embargo, les afecta de manera instrumental puesto que ley de minería al establecer en el Art. 15 que “se declaran de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia procede la constitución de servidumbres que fuera necesario...”, elimina la fuerza defensiva de la condición jurídica del territorio de las nacionalidades indígenas en cuyos territorios se pretenda realizar actividad minera. Este hecho imposibilita la continuidad histórica de la relación pueblo-territorio al subordinarlo a intereses económicos. Sobre la relación de los pueblos indígenas y su territorio el Profesor Pedro García destaca que “[e]l carácter transgeneracional del derecho tiene la finalidad de permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, trasciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien), aunque divisible internamente en usos, temporales o

definitivos, de acuerdo con prácticas definidas por el derecho consuetudinario de cada pueblo”[10].

En el Ecuador las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos del gobierno y de cuatro grandes empresas mineras. Estos pueblos ya se han visto reducidos demográficamente por las perturbaciones ocasionadas por las consecuencias, directas o indirectas, de la explotación petrolera, la exploración minería y otras intrusiones territoriales. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con los pueblos sionas, secoyas y cofanes, afectados por la explotación petrolera tras el paso, por 30 años, de las compañías nacionales y extranjeras, cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco). No se conocen casos de una empresa minera o petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena que lo haya inhabilitado para su finalidad. Con la Constitución de 2008 el Estado ecuatoriano fue declarado como “estado constitucional de derechos y justicia”[11], por lo que sus preceptos constituyen normas jurídicas vinculantes del más alto nivel jerárquico y obliga a los órganos del Estado a respetar sus preceptos, incluida la función legislativa. Esta obligación del legislativo de respeto a la Constitución está expresamente recogida en su artículo 84: “Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”. Esta obligación ha sido desatendida por la Asamblea Nacional y el Presidente de la República con la aprobación de la ley de minería. En el presente acápite hemos analizado el contenido del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, a continuación analizaremos como los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 no se adecuan materialmente a dicho derecho y por tanto son inconstitucionales en cuanto a la forma. La primera razón de inconstitucionalidad es la violación de la “indivisibilidad”[12], ya que los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería permiten la constitución de servidumbres obligatorias en territorios de los pueblos

indígenas y establecen el derecho a recibir indemnizaciones por este hecho, esto es la desintegración jurídica de los elementos de la naturaleza (nuda propiedad y derechos de uso, usufructo, habitación servidumbre, etc) que es característica del Derecho occidental como un sistema enfocado hacia los usos económicos de los diferentes recursos.

En la perspectiva economicista del Derecho occidental, expresada en la Ley de Minería, lo esencial es la divisibilidad; en la perspectiva de los pueblos indígenas lo esencial es esa conjunción que abarca no sólo la integralidad del territorio sino su identificación con el pueblo que lo habita; esa relación que el Convenio 169 califica como esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos indígenas, es un espacio no intercambiable por ningún otro. Por lo que no es concebible la posibilidad del pago de una indemnización por la constitución de servidumbres a una nacionalidad indígena cuyos derechos colectivos se ejercen a través de la integralidad de su territorio. La segunda razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería es que dichos artículos permiten que se imponga gravamen de servidumbre legal sobre los territorios de las nacionalidades indígenas, territorios que por mandato constitucional son “inalienables”[13] e “inembargables”[14]. Estas normas permiten el desplazamiento forzado[15] de las nacionalidades indígenas de sus territorios sin seguir el procedimiento excepcional señalado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es el consentimiento informado previo. Estas normas son hechas bajo el supuesto occidental del intercambio comercial de bienes, lógica que no comparten las nacionalidades indígenas cuyo territorio es irremplazable y mucho menos susceptible a valoración económica. La declaratoria de utilidad pública y constitución de servidumbre que la Ley de Minería establece para permitir que en esos territorios libres de impedimento legal se realice actividades distintas a las de la cosmovisión y prácticas indígenas, no sólo que atenta con el principio de consentimiento informado previo, analizada en otro acápite, sino que se contrapone al principio de protección superior de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que forman parte del bloque de constitucionalidad en observancia al artículo 3 y de manera concordante con el Art. 57 de la Constitución en el cual “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades

indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”. La tercera razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería es el hecho de que dichas normas imponen una actividad económica no sustentable en el territorio de las nacionalidades indígenas, cuando la Constitución manda que se respeten las actividades de sustento de las nacionalidades indígenas, en especial su manejo de la biodiversidad y de su territorio[16].

El uso de los recursos naturales renovables de sus territorios es el medio de subsistencia de las comunidades indígenas y es un derecho garantizado por la Constitución y los instrumentos Internacionales analizados, el desarrollo de una industria que requiere grandes extensiones de terreno para excavaciones e instalaciones y grandes cantidades de agua para el procesamiento del mineral es incompatible con las actividades de subsistencia de las nacionalidades indígenas. La cuarta razón de inconstitucionalidad de los artículos 15, 28, 59, 100 y 103 de Ley de Minería implica que cualquier persona natural o jurídica nacional o extranjera “tiene la facultad de prospectar libremente para buscar sustancias minerales”. Es decir que pueden entrar cuando quieran y donde quieran sin pedir permiso a los dueños (eso quiere decir libremente) para realizar estudios mineros menos en aquellos sitios expresamente señalados en la ley: áreas protegidas, concesiones mineras, zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y Áreas Mineras Especiales. Consecuentemente SÍ pueden hacerlo en propiedades privadas rurales (haciendas, fincas, terrenos) de particulares, propiedades colectivas de comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas. La “Libertad de Prospección” en esos términos, atenta contra el derecho a la propiedad protegido en el artículo 66, numeral 26 de la Constitución de la República y en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 21). También atenta contra el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido por el numeral 22 del artículo 66 de la Constitución y es discriminatoria puesto que a las zonas urbanas y centros poblados sí se los protege, dejando a las zonas rurales en vulnerabilidad, violentando lo dispuesto en el artículo 66, numeral 4 de la Constitución. En definitiva, dado que la materia que regula la Ley entraña sistemas complejos en donde coexisten derechos de las

nacionalidades indígenas y naturaleza, debió apegarse a las preceptos establecidos por la Constitución, al no hacerlo se configura una inconstitucionalidad de fondo que debe ser subsanado por el órgano constitucional encargado de Interpretar la Constitución, en razón de que el nuevo modelo constitucional del estado significa que el poder público y privado expresado en las leyes está limitado por el ejercicio de los derechos que la Constitución establece. Se entenderá entonces que el poder legislativo, de donde emana la ley de Minería, está sujeto a un control constitucional, control que le corresponde a la Corte Constitucional.

V. 4) Violación al Derecho a la Consulta Previa de las Nacionalidades Indígenas.[17] 1. El artículo 57 de la Constitución de la República establece: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 7.

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”. 2. En el mismo sentido el Convenio 169 de la OIT prescribe:

“ Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el

pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 15 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.Uno de los hechos en los cuales la Nueva Ley de Minería, se vuelve inconstitucional es en lo referente a la Consulta Previa. La nueva Ley no contempla un adecuado proceso de consulta previa, es más existen severas contradicciones en la ley, que no son más que francas violaciones constitucionales, tal como se indica en los siguientes párrafos. La actividad minera, en todas sus fases y bajo cualquiera de las técnicas que se utilizan para la exploración, explotación o extracción de los recursos minerales afecta al ambiente y por ende la vida de los pueblos indígenas.

Es oportuno aclarar que el medio ambiente está plenamente vinculado con la vida de los pueblos indígenas, con su cultura, con su alimentación, con su cosmovisión. En consecuencia, la disposición constitucional sobre la consulta previa, en el caso minero, debe cumplirse en forma oportuna, eficiente y eficaz. Pese a ésta realidad, la nueva ley minera no establece un adecuado procedimiento para efectivizar la consulta previa a las comunidades indígenas y deja a la discrecionalidad de la autoridad Ministerial, que en fin

de cuenta se puede convertir en Juez y parte. El Artículo 90 de la Ley de Minería, habla del Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos y Nacionalidades indígenas. Este procedimiento especial de consulta previa, lo basa en el contenido del Art. 398 de la Constitución Política de la República. Cabe recordar que el Art. 398 de la Constitución de la República se refiere a la consulta previa de carácter ambiental, que es totalmente distinta a la consulta que se establece en el Art. 57 de la Constitución de la República del Ecuador, que reconoce a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a la consulta previa “de conformidad con la Constitución, los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”. En el caso de la consulta como derecho de las nacionalidades indígenas el efecto de la oposición mayoritaria de los consultados tiene que resolverse, por mandato Constitucional, conforme a los instrumentos internacionales aplicables, entre los que está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por el Ecuador, que hace necesario que el resultado de la consulta sea el consentimiento de los consultados para que se realice la actividad prevista. Además, el Artículo 90 de la Ley minera confunde ambos tipos de consulta y dice, inconstitucionalmente, que la consulta a los pueblos y nacionalidades se realizará “De conformidad con el artículo 398 de la Constitución” pretendiendo pasar por alto el derecho al consentimiento que tienen reconocido internacionalmente los Pueblos Indígenas. Tampoco puede argüirse que el apego al mandato constitucional se establece en otros Artículos de la Ley Minera, si revisamos el Art. 87 éste establece: Derecho a la información, participación y consulta .- El Estado, es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente. Dicha competencia es indelegable a cualquier instancia privada. Estos procesos tendrán por objeto promover el desarrollo sustentable de la actividad minera, precautelando el racional aprovechamiento del recurso minero, el respeto del ambiente, la participación social en materia ambiental y el desarrollo de las localidades ubicadas en las áreas de influencia de un proyecto minero. En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial. Todo concesionario minero deberá respetar el derecho de las personas al acceso a los procesos de información,



participación y consulta en la gestión ambiental de las actividades mineras. Para todo proceso de consulta, el ministerio de finanzas, proporcionará el respectivo presupuesto a través del ministerio sectorial . Como podemos observar, al leer solo el primer párrafo del Art. 87 de la Ley Minera, se deja claro que el fin que se establece es la participación y consulta social, en ningún sentido se habla de la información previa hacia la comunidad ni mucho menos de la consulta previa a la comunidad. Posiblemente el legislador, pretendió determinar que consulta previa es lo mismo que consulta social, conceptos que son totalmente distintos. Además, la consulta previa debe ser realizada a la comunidad o comunidades, nacionalidad o nacionalidades que habitan dentro del área territorial que va a ser intervenida. Pese a ello, la disposición del Art. 87 de la Ley Minería, deja a la discrecionalidad, al ente consultor, para que se realice la consulta en cualquier lugar de la sociedad. Este hecho que se constituye en un riesgo eminente debido a la práctica cotidiana que utiliza el estado en los diferentes procesos de consulta, en materia petrolera. Donde se consulta a todos, menos a la comunidad directamente implicada. El Estado ecuatoriano debe considerar a la consulta Previa como una acción que contribuye al respeto a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, más no como el mero trámite para cumplir con un requisito. En el capítulo VII, artículo 27 y siguientes de la Ley de Minería se establecen las fases de la actividad minera. Según se determina en el artículo 27 la primera fase es la prospección, que consiste en la búsqueda de indicios de áreas mineralizadas. Seguidamente en el artículo 28 de la misma ley dice: Libertad de prospección: Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de auto gestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta Ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales. Cuando sea del caso, deberán obtenerse los actos administrativos favorables previos referidos en el artículo 26 de esta Ley. Es decir que cualquier persona, puede iniciar la actividad de prospección en cualquier lugar y en cualquier momento. Esta disposición del artículo 28 es una clara contradicción a lo determinado en los artículos 87, 88 y 90 de la Ley minera. En dichos artículos el Estado asume el deber de informar, de consultar a la

comunidad sobre los posibles impactos ambientales, sociales y culturales que se puedan generar. Al no saberse cual es el lugar donde se iniciará la actividad extractiva no tendría la capacidad de determinar cual es la población afectada que debe ser consultada. Este hecho deja en completa indefensión a la comunidad, violenta el derecho a la consulta previa y a la información que tienen las comunidades en el artículo 57 de la Constitución de la República. El artículo 88 de la Ley Minera prescribe que: A partir del otorgamiento de una concesión minera y durante todas las etapas de ésta, el concesionario, a través del Estado, deberá informar adecuadamente a las autoridades competentes, gobiernos autónomos descentralizados, comunidades y entidades que representen intereses sociales, ambientales o gremiales, acerca de los posibles impactos, tanto positivos como negativos de la actividad minera. Este artículo limita drásticamente el derecho a la información y participación de la Comunidad. La comunidad o las comunidades, pueblos o nacionalidades están impedidas de participar en cualquier proceso de consulta o información, hasta que se produzca la concesión; contraviniendo lo establecido en el artículo 57 de la Constitución de la República, que en los numerales 1, 4 y 7 en el cual el Estado reconoce y garantiza el derecho de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social, a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles y al a consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente. En conclusión, la Consulta previa, la información a la comunidad, se la debe realizar antes que el Estado realice o entregue una concesión o adjudicación de un área minera a una persona natural o jurídica. Si observamos el artículo 29 y siguientes de la Ley Minera, nos damos cuenta que en ningún momento se prevé la consulta previa a las comunidades, previamente a que se produzca la concesión. Hechos que redundan en la violación de los derechos Constitucionales a la consulta, pertenencia, tranquilidad y respeto al territorio de los pueblos o nacionalidades indígenas. Según el texto de la Ley de Minería el Estado ecuatoriano tiene facultad para proceder a concesionar esa misma área a otra persona o empresa sin que los habitantes ancestrales del territorio tengan conocimiento, ni se les haya consultado en lo absoluto sobre la existencia de la Concesión y los efectos

jurídicos de la misma. En el caso de la consulta como derecho de las nacionalidades indígenas el efecto de la oposición mayoritaria de los consultados tiene que resolverse, por mandato Constitucional, conforme a los instrumentos internacionales aplicables, entre los que está la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por el Ecuador, que hace necesario que el resultado de la consulta sea el consentimiento de los consultados para que se realice la actividad prevista. El Artículo 90 de la Ley minera confunde ambos tipos de consulta y dice, inconstitucionalmente, que la consulta a los pueblos y nacionalidades se realizará “De conformidad con el artículo 398 de la Constitución” pretendiendo pasar por alto el derecho al consentimiento que tienen reconocido internacionalmente los Pueblos Indígenas. Recordemos que en el ámbito interamericano el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha sido reconocido como un estándar vigente y exigible a partir del derecho a la propiedad garantizado en el Artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que Ecuador es parte. Así en la sentencia del Caso Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que: “ 135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [.. .]”[18]

V. 5) Violación al principio de excepcionalidad de la actividad privada en sectores estratégicos.[19]

El Artículo 316 de la Constitución de la República establece que el Estado podrá delegar “excepcionalmente” a la iniciativa privada las actividades en sectores estratégicos como la minería, “en los casos que establezca la Ley”. Los artículos 1, 2, 22, 30 y 31 de Ley de Minería no define en qué casos se podrá realizar esa delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad” de cada concesión. El legislador, al omitir establecer en la ley los casos en los cuales excepcionalmente el Estado podrá delegar actividades mineras a la iniciativa privada, violenta el Artículo 316 de la Constitución, por lo que estas normas deben ser declaradas inconstitucionales de fondo por la Corte Constitucional. V. 6) La creación deliberada de riesgos desastre[20]La "Ley de Minería"

permite realizar actividades de prospección y explotación minera en áreas de alto riesgo o de fácil vulnerabilización como son los depósitos de materiales explosivos o inflamables, los embalses, las áreas destinadas a la captación de agua para consumo humano o riego; los oleoductos, gasoductos y poliductos, las refinerías y demás instalaciones petroleras; los aeropuertos o aeródromos; las centrales eléctricas, las torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado, entre otras (ver artículo 26). Esas áreas intrínsecamente constituyen ya zonas de riesgo de desastres y una alteración de ellas mediante la realización de actividades mineras, podría potenciar esos riesgos y generar emergencias y crisis de diferente magnitud, que afectarían la población local o el país en su conjunto. Un ejemplo de lo que la minería puede ocasionar, es el desastre de la Josefina, ocurrido en 1993 en la cuenca del río Paute, provincia del Azuay, en el que murieron y desaparecieron decenas de personas y se produjeron enormes pérdidas económicas. Frente a los riesgos que pueden emerger en los lugares en los que la Ley promueve actividades mineras, este cuerpo normativo solamente ofrece una disposición engañosa por la que las autoridades correspondientes emitirán “actos administrativos previos” (art. 26), que en caso de ser desfavorables al proyecto minero planteado, la decisión final corresponderá al “Ministro Sectorial”. Es decir, a un funcionario de la misma estructura institucional que autorizó la actividad en discusión. De esta manera la ley concentra las funciones de juez y parte en un mismo ámbito institucional y, lo que es más grave, así se evita que se prevengan situaciones de riesgo, que bien podrían ser advertidas por funcionarios o ciudadanos emitan informes independientes sobre si son o no convenientes los proyectos mineros sometidos al análisis. ¿Es realista pensar que manteniendo la norma del artículo 26 de la Ley de Minería, el Estado podría simultáneamente proteger “a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo”? (artículo 389 de la Constitución). ¿Debe el Ecuador, uno de los países con mayores condiciones de riesgo dar más peso a una ley que niega esta realidad y dejar a la norma constitucional del artículo 389 como una pieza jurídica inerte?

## VI. Conclusiones

Al Ecuador le falta mucho recorrido político y jurídico para crear las condiciones mínimas para regular la gran minería de modo que sea sustentable y beneficie a las comunidades locales y el país y no a las transnacionales y economías privadas. Uno de los retos más grandes que enfrentamos como sociedad es de insistir que el estado no destruya las bases de la sustentabilidad. El Ecuador se ha definido como un estado que basa su modelo de desarrollo en el buen vivir, lo que implica un cambio de paradigma en la estrategia por obtener recursos que satisfagan las necesidades de los ecuatorianos sin comprometer los patrimonios naturales. Es un enorme reto. Para triunfar tenemos que concienciar más a nuestros representantes políticos e instituciones, de modo que se pueda revertir el rol del estado, que hasta ahora ha sido cómplice de las industrias extractivas. Esto solo lo lograremos si seguimos uniendo esfuerzos. Lo más importante de todo es que no podemos seguir impulsando y peor aún profundizando un modelo de desarrollo extractivista, basado en la explotación del capital natural, generando gran cantidad de pasivos ambientales, produciendo y enviando al exterior materias primas y envolviendo al país en el círculo de la pobreza. En este sentido, las organizaciones que demandamos una Ley Minera que respete los derechos de la naturaleza, de los Pueblos Indígenas y comunidades, que no se abra camino a la gran minería por su incompatibilidad con el régimen de desarrollo alternativo, procuramos que la Corte Constitucional siendo la Institución del Estado encargada de resolver los conflictos de derecho, atienda el clamor de quienes si creemos en un mundo sin metal como materia prima y aplique el principio pro natura y pro derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad de la Constitución del Ecuador. Es indudable que el gobierno debe hacerse una evaluación para antes de tomar una decisión que puede ser fatal para los ecosistemas remanentes de vida en el Ecuador, teniendo como marco referencial es hecho de que nuestro planeta está envuelto en una innegable crisis ambiental, alimentaria, energética, económica y moral. Debemos entonces exigir un modelo basado en nuestras verdaderas necesidades de soberanía alimentaria, soberanía energética, acceso al agua sana y abundante, paz social y solidaridad, que garantice una vida digna para las presentes y futuras generaciones.

## BIBLIOGRAFÍA: -

Demanda de Inconstitucionalidad la Ley Minera Presentada por la CONAIE- Demanda de Inconstitucionalidad a la Ley Minera presentada por Grupos del Azuay

- “Sectores Extractivo y Pobreza”. Oxfam América, 2002 [http://www.oxfamamerica.org/es/noticias/publicaciones/sectores\\_extractiva\\_17feb06/Oxfam\\_EI\\_Report\\_spanish.pdf](http://www.oxfamamerica.org/es/noticias/publicaciones/sectores_extractiva_17feb06/Oxfam_EI_Report_spanish.pdf)-

“Países Menos Adelantados, Informe 2002: Escapando de la Trampa de la Pobreza”. UNCTAD. -[http://www.unctad.org/sp/docs/ldc2002overview\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/ldc2002overview_sp.pdf) . -

Abriendo Brecha. Proyecto de Minas, Minerales y Desarrollo Sustentable. 2003. (Capítulo 10)-[http://www.iied.org/mmsd/finalreport/abriendo\\_brecha.html](http://www.iied.org/mmsd/finalreport/abriendo_brecha.html)-

Impacto de la Minería. Noticias Aliadas 5 de enero 2005 [www.noticiasaliadas.org/mineria](http://www.noticiasaliadas.org/mineria)

Ecuador ¿País Minero?, Es posible la minería responsable en el Ecuador?. DECOIN, 2007

- Análisis del proyecto de ley de Minería del ministerio de minas y petróleoos. Dr. Byron real López

- Acciones públicas de inconstitucionalidad (0008-09-IN y 0011-09-IN) Criterio científico y jurídico en favor de los demandantes Presentado por Dr. Byron Real López

- Algunos comentarios al proyecto de nueva ley de Minería antecedentes y contexto. Mario Melo.

- Ambiente y Sociedad: Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Ecuador. Capítulo 7

- Visitas Internet. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/concesiones-mineras-en-manos-del-estado-287618-287618.html>

- Visitas Internet [ver aquí](#)

[1] Abogado Ambientalista y de derechos humanos, Maestrante en Derecho Ambiental. Coordinador Jurídico de la Fundación INREDH.

[2] Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la CONAIE caso No. 0011-09-IN acumulado al 008-09-IN

[3] Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la CONAIE caso No. 0011-09-IN acumulado al 008-09-IN

[4]Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la CONAIE caso No. 0011-09-IN acumulado al 008-09-IN

[5]García Hierro, Pedro, “Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho”, artículo publicado en el libro “Tierra adentro: Territorio indígena y percepción del entorno” de Alexandre Surrallés, Pedro García Hierro editores, editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, pág. 277. PedroGarcía Hierro es abogado por la Universidad Complutense de Madrid y la Pontificia Universidad Católica del Perú ha trabajado durante los últimos 35 años con diversas organizaciones indígenas tanto peruanas como internacionales en temas relacionados con la identificación y desarrollo de derechos colectivos e impulso de reformas democráticas interculturales.

[6] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 79, párr. 149.

[7]Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoymaxa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 118. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 137. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 82. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124; párr. 131.

[8]Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 160 a 177.

[9] Ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

[10]Pedro García Hierro, Ibidem, pág. 296

[11]Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador

[12]Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

[13]Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

[14]Art. 57(4) de la Constitución de la República del Ecuador

[15]Art. 57(8) de la Constitución de la República del Ecuador

[16]Art. 57(8) de la Constitución de la República del Ecuador

[17]Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la CONAIE caso No. 0011-09-IN acumulado al 008-09-IN

[18] Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam”, Sentencia deExcepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 135.

[19] Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la CONAIE caso No. 0011-09-IN acumulado al 008-09-IN

[20]Criterio dentro de la Coadyuvancia del Dr. Byron Real López presentado ante la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley Minera

Fuente: [INREDH](#)