

DERECHOS CONSTITUCIONALES FRENTE A LA RAZÓN DEL ESTADO

Valeria Cabrera, David Castillo, Steven Castillo,
Alexandra Castro, Junior Guamán, Germanía Landy,
Pamela Quintuña, Diego Suárez.
Egresados/as de la Carrera de Sociología.

Resumen

Ecuador posee una de las reservas de recursos naturales más importantes del mundo, lo cual ha dado como resultado que la industria minera lo considere como un eje central del desarrollo económico nacional e internacional. Pese a que el año 2008, el Estado ecuatoriano promulgó el respeto a la naturaleza dentro de la Constitución, normativas vigentes no han podido frenar el daño socio ambiental que causa la minería a grande, mediana y pequeña escala. Motivo por el cual, se analiza la Ley Minera para evidenciar vacíos legales que ponen en riesgo la garantía de los derechos colectivos, humanos y de la naturaleza, finalizando con una propuesta del articulado que permita la correcta aplicación de la ley.

Palabras clave: derechos, Ley Minera, Estado, naturaleza, comunidades.

1. Introducción

Ecuador es considerado como uno de los países más ricos en recursos naturales a nivel mundial. Esto ha permitido justificar durante décadas las actividades extractivistas como puntos estratégicos de desarrollo territorial. No obstante, la promulgación de la constitución de 2008 permitió consolidar cambios estructurales importantes para el país, puesto que se pone a consideración el modelo de desarrollo basado en el Buen Vivir - Sumak Kawsay. En efecto, dicho modelo implicaría el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y a la vez el fortalecimiento de los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

En un inicio y en virtud de lo dispuesto en dicha constitución, desde el Estado se han concretado varias acciones de protección y medidas cautelares

constitucionales tales como; la aplicación del principio precautorio, suspensión de obras mineras, limitación del derecho a la propiedad privada etc. Sin embargo, con el paso de los años se han evidenciado varias falencias que no han podido ser resueltas y generan un conflicto entre los derechos de la naturaleza, derechos humanos y las formas de accionar del Estado. Vemos que en la práctica y de manera contradictoria, el Estado ha creado medidas y marcos normativos que impulsan la extracción de recursos no renovables. Estadísticas y datos oficiales dentro del país demuestran que hasta el año 2018, el 14% del total del territorio nacional se encuentra concesionado, es decir 3.7 millones de hectáreas se encuentran en manos de empresas nacionales e internacionales (Zorrilla, 2018). La justificación ha sido considerar nuevamente a las actividades extractivistas como un punto estratégico de desarrollo territorial. Con ello se ha evidenciado que; aspectos técnicos, normativos y tecnológicos han terminado sobreponiéndose a los derechos consagrados en la Constitución del Ecuador y al modelo de desarrollo basado en el Buen Vivir.

Esto se ha podido entender como una paradoja entre un Estado que debería velar y proteger los derechos consagrados en la Carta Magna frente a un Estado que, al contar con la potestad sobre los recursos naturales, ha hecho uso de su legitimidad para violentar los derechos que él mismo debe garantizar. Es este conflicto el que nos ha llevado a tomar la iniciativa de generar una propuesta política denominada “Los derechos constitucionales frente a la razón del estado”. Dicha propuesta toma como base la Ley minera, en la que proponemos realizar cambios e incorporaciones dentro de tres artículos de su marco normativo; el primero corresponde al artículo 84 de la Ley minera en relación a los derechos de la naturaleza, el segundo corresponde al artículo 34 de la misma ley en relación a las concesiones mineras y el tercero el artículo 87 con respecto a la consulta previa, libre e informada. Esta propuesta de reforma a la ley minera tiene como fin hacer respetar los derechos de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, así como los derechos de la naturaleza. Cabe recalcar que esta iniciativa fue presentada en la Asamblea Nacional del Ecuador en la ciudad de Quito durante la cátedra de Gestión Ambiental en 2019.

2. Análisis y propuestas

Debido a los distintos conflictos que se han suscitado en el país en consecuencia del incremento de la actividad minera y, avalados en los derechos

que nos confiere la Constitución del Ecuador, se plantea el análisis de 3 aspectos dentro de la Ley Minera que requieren ser revisados y debatidos por las autoridades competentes. Además, se propone para cada punto, artículos que podrán replantear parte de la normativa vigente con el fin de regular la actividad minera.

2.1 Derechos de la naturaleza.

El 20 de octubre de 2008 la República del Ecuador otorgó no solamente derechos legales sino constitucionales a la naturaleza. Esto se puede evidenciar dentro de los artículos 71, 72, 73 y 74 de la carta constitucional. Dichos planteamientos normativos implican el respeto, la protección y la restauración de la naturaleza. Este reconocimiento es trascendental puesto que conlleva una ruptura con aquellas visiones que miran a la naturaleza simplemente como objeto de contemplación. Es decir, que la naturaleza tiene de por sí un valor intrínseco que va más allá de la utilidad para los seres humanos.

Para el cumplimiento de dichos apartados jurídicos se establece que el Estado será el encargado de velar por los derechos constitucionales de la naturaleza, así mismo en el Art. 71, se indica que “toda persona, comunidad, pueblo, o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza” y que el “Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema”

Sin embargo, a pesar de la instauración de aquellas normativas se han podido evidenciar y detectar continuamente la violación de los derechos de la naturaleza. Desde el propio Estado se han creado estructuras reglamentarias que subordinan los derechos de la naturaleza a los derechos humanos. Es así que dentro de la Ley Minera se enfatiza los derechos soberanos que el Estado posee sobre la naturaleza y específicamente dentro de la actividad minera. En el Artículo 1. “Norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Se exceptúan de esta Ley, el petróleo y demás hidrocarburos”. A partir de dicha atribución, el Estado se ha ocupado principalmente en generar medidas que legalizan y legitiman las actividades que afectan la naturaleza en lugar de protegerla, entre ellas las actividades mineras.

Lo anterior ha sido justificado como estrategias políticas y económicas cuyo objetivo es hacer frente a diversos problemas sociales como la pobreza, salud, educación, etc. Esto en realidad se ha traducido en estrategias neoliberales que han afectado los recursos naturales de una manera indiscriminada y violenta.

Como propuesta, es necesario que el Estado mantenga la potestad de la naturaleza; sin embargo, ello no significa que su poder se pueda traducir en imposiciones y acciones violentas contra la misma. Ponemos a consideración que los derechos de la naturaleza deberían cumplirse no solo cuando ya se hayan evidenciado daños a la naturaleza sino cuando exista la posibilidad de futuras amenazas. En este sentido, las actividades mineras generan daños que no pueden pasar desapercibidos por el Estado, quien debe actuar oportunamente manteniendo una racionalidad productiva y ambiental para lograr un equilibrio ecológico como condición del desarrollo sustentable, fundamentado en principios éticos (respeto y armonía con la naturaleza) y valores políticos (democracia participativa, equidad social y soberanía alimentaria).

Es necesario que las medidas de protección del ecosistema sean custodiadas no solo por aparatos estatales como el Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio del Interior, ARCOM, sino que sean organizaciones tales como: la Defensoría del Pueblo, organizaciones sociales, veedurías internacionales. Las cuales generen un mayor control y seguimiento de cada fase de la actividad minera y se lleve a cabo un proceso de control social articulado entre las organizaciones sociales, estatales e internacionales.

Derechos de la naturaleza: Articulado propuesto

Art. 84.- Protección del ecosistema. - Las actividades mineras en todas sus fases contarán con medidas de protección del ecosistema, sujetándose a lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador y la normativa ambiental vigente. Dichas medidas de protección deben ser custodiadas no solo por aparatos estatales e institucionales como el Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio del Interior, ARCOM, sino que dichas medidas de protección de la naturaleza estén vinculadas a las organizaciones sociales, territoriales, Defensoría del Pueblo. De esta manera, se permitiría un monitoreo, mayor control y seguimiento de cada fase de la actividad minera.

2.2 Concesiones mineras

De acuerdo al artículo 30 de la Ley Minera “El Estado podrá excepcionalmente delegar la participación en el sector minero a través de las concesiones. La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros por parte del Ministerio Sectorial, y sobre éste se podrán establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en las leyes, de acuerdo con las prescripciones y requisitos contemplados en la presente ley y su reglamento general”(Ley Minera, 2009, Art. 30) Así pues, dentro de la Ley Minera no se define en qué casos se podrá realizar una delegación, dejando abierta a interpretaciones arbitrarias la “excepcionalidad” de cada concesión. Es decir, no se especifica la cualidad de excepcionalidad, debiéndose entender que las delegaciones mineras ocurrirán rara vez. Lo que sucede en realidad es que la gran mayoría de concesiones, hacen uso de tal principio, para delegar concesiones mineras a empresas privadas, sin mayor control.

Por otro lado, la normativa vigente no contiene ninguna cláusula antimonopolio que ponga límite al número de concesiones que una persona o empresa pudiese obtener. Como se especifica en el Artículo 35 de la Ley Minera sobre Dimensión de la concesión y demasía.- Cada concesión minera no podrá exceder de cinco mil hectáreas mineras contiguas. Si entre dos o más concesiones mineras resultare un espacio libre que no llegare a formar una hectárea minera, tal espacio se denominará demasía, que podrá concederse al concesionario colindante que la solicitare. (Ley Minera, 2009, Art. 35)

Por lo tanto, se ha detectado una mínima regularización por parte del Estado, ya que se plantea únicamente el número de hectáreas que pueden ser concesionadas, pero no se especifica cuántas concesiones puede obtener una persona o una empresa. Uno de los casos que se puede destacar es el de Ecuasolidus S.A, cuya empresa tiene decenas de concesiones y ninguna llega a 5000, es decir la empresa minera posee concesiones mineras con una extensión de hasta 4980, 4843 o 4994 hectáreas. Ecuasolidus S.A. cuenta con 43 concesiones con un total de 209.264 hectáreas en los territorios ancestrales Shuar de la cordillera del Kutukú en el Bosque Protector Kutuku Shaimi. En promedio, cada concesión es de 4866.61 hectáreas (Aguilar, 2018). Siendo el ejemplo más claro de cómo la industria minera monopoliza el territorio ecuatoriano, actuando al margen de la ley.

A esto se le suma la desactualización del Catastro minero desde el año 2018, lo que ha generado una incertidumbre en cuanto al número de concesiones autorizadas en todo el Ecuador, provocando una manipulación de la Ley Minera por parte de grandes monopolios mineros (especialmente empresas extranjeras) lo cual abre paso al acaparamiento de territorios en zonas urbanas y reservas naturales.

Al 2 de enero del 2018, las concesiones inscritas y otorgadas acumulaban ya 1'789.406 hectáreas, lo cual amenaza el 7,2% del territorio nacional. Y en marzo de 2018, mientras se anunciaba la anulación de 2000 concesiones mineras, unas 95.000 nuevas hectáreas del territorio nacional fueron otorgadas e inscritas: ahora hay más de 2 millones de hectáreas (Plan V, 2019). Esto permite evidenciar que existe un incremento acelerado de las concesiones otorgadas a empresas canadienses, australianas, chilenas y chinas, amenazando los ecosistemas y reservas naturales del territorio ecuatoriano.

Pese al gran número de hectáreas concesionadas, no todas culminan en la fase de explotación de los recursos naturales, algunos solo avanzan hasta la etapa de exploración. Según Diario El Comercio (2019) “La media internacional que se maneja en esta industria muestra que de cada 1333 proyectos exploratorios, apenas tres terminan siendo exitosos, porque la probabilidad de no encontrar minerales es grande, y en el caso de hallar potencial, se debe determinar su rentabilidad”. Sin embargo, dentro de este argumento no se considera que la etapa de prospección y exploración de yacimientos ya provocan de por sí un impacto ambiental, al realizar actividades como la preparación de los caminos de acceso, mapeos topográficos y geológicos, montaje de instalaciones, trabajos geofísicos, investigaciones hidrogeológicas, apertura de zanjas, toma de muestras, etc. Por lo tanto, entregar permisos a varios proyectos para procesos de exploración significa destruir la naturaleza incluso a sabiendas de que dicha concesión no llegaría a ser fructífera.

Se cree prioritario la revisión y regularización del Título II De los Derechos Mineros, Capítulo II de la Concesión Minera, en el que se incluya un artículo específico que regule el número de concesiones a ser otorgadas.

De esta manera el número de concesiones que una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, públicas, mixtas o privadas, comunitarias, asociativas, y de autogestión que puede poseer debe limitarse. Países como Chile y Perú disponen de una clasificación de recursos mineros que sirven de base para la

estipulación de números de concesiones a realizarse por empresa, lo cual podría ser aplicado o replicado de acuerdo a nuestras condiciones territoriales.

Concesiones mineras: Articulado propuesto

Art. 35.- Dimensión de la concesión y demasía. - Cada concesión minera no podrá exceder de cinco mil hectáreas mineras contiguas. Si entre dos o más concesiones mineras resultare un espacio libre que no llegare a formar una hectárea minera, tal espacio se denominará demasía, que podrá concederse al concesionario colindante que la solicitare. Además, el número de concesiones mineras estará limitado de acuerdo al tipo de mineral a ser extraído.

2.3 Consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada constituye un derecho colectivo reconocido no solo por el Estado ecuatoriano sino también por organismos internacionales; dado que permite alcanzar la aspiración de un pueblo a vivir en armonía con su territorio.

De esta manera, la Constitución de la República de Ecuador creada en el año 2008 a través del Art. 57, numeral 7, reconoce los derechos colectivos, de comunidades, pueblos, nacionalidades indígenas y afro ecuatorianos siendo uno de los más destacables el derecho de la consulta previa, libre e informada. A su vez la Ley Minera a través del Art. 87 y el Convenio de la OIT a través del Art. 31 inciso 2 reafirman el derecho colectivo y destaca la importancia de la participación de dichos grupos dentro de los procesos extractivistas que generen cambios en su territorio. Además, el Convenio de la OIT establece que los elementos o características que se estipulan en la consulta deben ser consideradas como obligatorios, para garantizar la participación de los pueblos, comunidades y nacionalidades.

La reafirmación del convenio de la OIT durante el año 2014 convertía a dicho tratado en un instrumento vinculante por el cual el país se comprometía no sólo a adecuar la legislación nacional, sino también a desarrollar acciones pertinentes de acuerdo a las disposiciones contenidas en el Convenio. Sin embargo, la firma del convenio no ha tenido mayor incidencia dentro de las normativas vigentes y ha representado tan solo un acuerdo simbólico que hasta la actualidad no logra ser incorporado.

Una vez expuesta la importancia del derecho a ser consultados es necesario profundizar el análisis de cada una de las características que presenta la consulta previa, libre e informada para demostrar las fallas técnicas que se han manifestado en los distintos procesos de consulta llevados a cabo en el territorio ecuatoriano y plantear cambios técnicos que permitan el cumplimiento de ley.

La consulta previa, es la primera característica que permite evidenciar que, la obligación del Estado es velar por el cumplimiento del plebiscito sobre temas de extracción que afecten directamente a pueblos indígenas. Por lo tanto, la aplicación de la consulta debe llevarse a cabo tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, se han evidenciado varios casos en el país como lo sucedido en Girón durante el año 2019, en donde el derecho de ser consultados se efectuó de manera posterior a la intervención minera. Convirtiendo el derecho a ser consultados en un mero mecanismo compensatorio en caso de reparación integral, omitiendo el carácter previo de la consulta.

Es así que, el carácter previo de la consulta debe permitir que el derecho a ser consultados se ejecute “antes” de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar un territorio. Y sobre todo, ser permanente en el tiempo, porque no basta que se haga de forma previa, sino que la consulta debe efectuarse de forma continua. Es decir, debe darse incluso antes de las concesiones mineras, pues representa de por sí una medida administrativa que podría causar una vulneración al art. 57 de la Constitución. Pese a ello, se entregan concesiones y el titular minero respaldado en el Art. 27 de la Ley Minera “De las fases de la actividad” abre paso al proceso de prospección, iniciando la actividad minera y detrás de ello los primeros impactos socioambientales.

El proceso también obliga a que la consulta sea “Informada” es decir comprende el acceso oportuno a la información completa, objetiva y necesaria para entender los distintos efectos que podría tener cualquier medida atentatoria de derechos colectivos. De esta manera los talleres informativos, reuniones informales o celebración de audiencias con algunos dirigentes no aplican de manera adecuada la característica de la que se habla. Nina Pacari en su voto salvado en la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería reconoce que dichas reuniones representan “simples audiencias a las que pudieron acudir como cualquier ciudadano” (Corte Constitucional, 2010). Sin

embargo, la falta de información objetiva por parte del Estado hacia los pueblos que van a ser consultados ha impedido la correcta aplicación del derecho.

Es en tanto, deber del Estado garantizar procedimientos de consulta claros, de manera que no se podrá manipular el proceso, ni tampoco se tergiversará la información sobre ella. Es decir, esta deberá ser clara y honesta. Además, la reflexión de esta consulta no deberá ser manipulada por intereses estatales y es ahí donde radica la importancia de brindar los espacios y tiempos suficientes a las comunidades para la reflexión de la toma de esta decisión.

La consulta libre ha sido otra característica que no ha llegado a cumplirse a cabalidad. Podemos resaltar ejemplos como en Sarayacu o Quimsacocha en donde se utilizaron mecanismos de fragmentación de la comunidad, manipulación, presión, entre otros. Los cuales hacen que dicha consulta no solo vulnere los derechos colectivos, sino que también pierda legitimidad.

En suma, aunque el Estado implementara el adecuado cumplimiento de cada una de las características de la consulta previa, libre e informada esta posee un carácter no vinculante. Es decir, la decisión de las personas, comunidades en general y la de los pueblos indígenas en particular en las actividades de explotación minera, no garantiza la incidencia en las decisiones estatales, puesto que el fallo final es determinado por el Estado.

Finalmente, organizaciones nacionales e internacionales cuyo objetivo es velar por el bienestar y cumplimiento de los derechos humanos y de la naturaleza han empezado a hablar de la modificación de una consulta previa, libre e informada, a un consentimiento previo, libre e informado por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades. El cambio permite efectivizar el derecho a la libre determinación frente a proyectos que puedan afectarlos cultural y ambientalmente y a su vez generar un carácter vinculante (poder de veto) frente a decisiones estatales.

Es así que, una de las principales propuestas para una reforma de la Ley Minera constituye la creación de un cuerpo normativo autónomo que regule el contenido para la aplicación de un consentimiento previo, libre e informado que cumpla con tratados internacionales. Además, la aplicación del consentimiento deberá darse antes de cualquier medida administrativa, para evitar de esta manera que se vulneren los derechos tanto colectivos como los de la naturaleza.

Consentimiento previo, libre e informado: Propuesta del articulado

Art. 87.- 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.

En conformidad con lo expuesto anteriormente y de acuerdo con dichos principios constitucionales, el consentimiento previo, libre e informado deberá darse antes de cualquier medida administrativa, incluyendo la concesión, todo ello con el fin de precautelar el carácter previo de la consulta.

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.

3. Conclusiones

Dentro de las tres propuestas expuestas se intenta generar un mayor control y participación por parte del Estado, puesto que se entiende y se cree necesario el tutelaje de la naturaleza, así como de sus recursos. Es por ello que, en el primer punto referido a la naturaleza, lo que se intenta concebir es una mayor regulación por parte del Estado, permitiendo que otras organizaciones ayuden a fiscalizar el trabajo de protección a la naturaleza, para que este se realice de manera efectiva.

Cuando hablamos de la limitación de concesiones, también se trata que sea el propio Estado quien, con ayuda de una clasificación de las concesiones, tenga un mayor control no solo del territorio, sino también de los minerales que se extraen y de las empresas que ingresan y generan monopolios mineros. Así se puede evitar conflictos por superposición de unos intereses sobre otros, e incluso se mejora la coordinación entre los gobiernos locales con el gobierno central, propiciando un mejor cumplimiento de los derechos constitucionales.

Finalmente, cuando hablamos del consentimiento previo libre e informado intentamos ampliar la democracia siendo esta una característica propia del

Estado, es decir se fomenta una democracia verdaderamente participativa. Es importante señalar que el proyecto muestra una visión pro derechos constitucionales, beneficiando así a todos los sujetos de derecho que forman parte del territorio ecuatoriano.

4. Bibliografía

Aguilar, D. (2018). Concesiones mineras en zonas sensibles de Ecuador no se detienen. *Magbay*. Obtenido de <https://es.mongabay.com/2018/08/concesiones-mineras-en-ecuador-areas-protegidas/>

Centro de Derechos Económicos y Sociales. (2017). La consulta libre, previa e informada en el Ecuador. <http://cdes.org.ec/web/wp-content/uploads/2016/05/La-consulta-previa-libre-e-informada-en-el-Ecuador-mayo-2016-2.pdf>

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

El Comercio (2019). El Gobierno analiza la entrega de nuevas concesiones mineras. Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/mineria-concesiones-inversion-carlos-perez.html>

Las millonarias concesiones a la minería. (26 de marzo del 2018). Plan V. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/concesiones-secretas-la-mineria>

Ley de Minería, Registro Oficial suplemento 517, 29 de enero de 2009. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_mineria.pdf
<file:///C:/Users/ASUS/Documents/constitucion%20del%20ecuador.pdf>

Mongabay (2018). Concesiones mineras en zonas sensibles de Ecuador no se detiene. Recuperado de: <https://es.mongabay.com/2018/08/concesiones-mineras-en-ecuador-areas-protegidas/>

OIT (2014). Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes. Recuperado de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf