



FACULTAD DE DERECHO

LA RIQUEZA DEL BUEN VIVIR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la
República

Profesor Guía

Dr. Cesar Zumarraga Ramírez

Autor

Juan Carlos Escobar Vallejo

Año

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

.....
Cesar Zumarraga Ramírez
Doctor
CC. 170777259-4

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

.....
Juan Carlos Escobar Vallejo
CC. 0918445347

AGRADECIMIENTO

Mi sincero agradecimiento a Tobar & Bustamante, firma de abogados que se convirtió en mi mejor universidad estos últimos siete años de mi vida, de manera especial a los doctores Cesar Zumarraga Ramírez y Santiago Bustamante Sáenz, por permitirme experimentar día a día lo que he intentado plasmar en esta monografía que hoy pongo a su consideración.

DEDICATORIA

A Jesús y a su Madre Santísima por ser los autores intelectuales de mi vida y por permitirme encontrarlos en el amor y el apoyo de mis padres y de mis hermanos, quienes nunca han dejado de confiar en mí y han sabido mantener siempre la llama que me motiva todos los días a buscar el éxito, siempre encendida.

RESUMEN

En los últimos años la importancia del concepto de Buen del Vivir se ha desplazado del pedestal de los ideales y ha aterrizado en la realidad política y social de la región andina, donde ha desempolvado los preceptos de la cosmovisión de nuestros pueblos indígenas, los cuales se han terminado imponiendo en el colectivo social ecuatoriano y boliviano en particular.

Las constituciones de estos países han adoptado como propios este concepto - para los seguidores de las corrientes de occidente- o filosofía de vida -para los seguidores de las corrientes indigenistas- en su ordenamiento jurídico. Hoy, el Buen Vivir es el objetivo central de las políticas públicas, las cuales se encuentran relacionadas con una gama diversa de derechos y garantías que tienen como finalidad asegurar el mejoramiento en las condiciones de vida.

Los recursos naturales no renovables, como la minería, no son la excepción. La Constitución reconoce a la industria minera como parte de los sectores estratégicos del Estado, que están destinados a contribuir en el desarrollo del país. Bajo este contexto, tanto la actual Constitución de la República como el régimen legal minero, han establecido los principales lineamientos para el desarrollo de la actividad minera enfocada en garantizar dicho Buen Vivir; sin embargo, estos lineamientos no son suficientes, ni lo serán, mientras los actores involucrados en la ejecución de las actividades mineras –Estado, particulares y comunidades- no asuman un rol activo y propositivo encaminado a generar políticas propias para alcanzar el Buen Vivir.

Hoy, la posición de algunas compañías mineras comprometidas a contribuir con el Buen Vivir, es ir más allá de las exigencias y obligaciones que el actual régimen legal minero les exige en el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado, el ambiente y las comunidades de influencia.

Hoy en día la medida con la que se evalúa el nivel de compromiso, responsabilidad, prevención y ejecución de las actividades mineras, debe trascender los niveles de cumplimiento mínimos y ubicarse en un nivel de auto exigencia más estricto, atendiendo estándares internacionales existentes.

Para la elaboración de “La Riqueza del Buen Vivir” se ha hecho uso de algunas herramientas de la investigación científica, así como los métodos inductivo, analítico sociológico y descriptivo, con la finalidad de identificar los aspectos más sensibles que enfrenta el desarrollo de actividades mineras en el país y de alguna manera contribuir con lineamientos que permitan construir políticas privadas para el desarrollo de actividades mineras que tiendan a garantizar el Buen Vivir.

ABSTRACT

In the past years the essence of the concept of “Good Living” has passed from a simple ideal to a trend in politics influencing Andean society. This concept has renewed the original believes of our indigenous people impacting the social collectivity in Ecuador and Bolivia.

The Constitutions of these countries have adopted this concept –to the followers of the occidental doctrine – or philosophy of life –to the followers of indigenous believes – in their legal systems. Nowadays, the “Good Living” is the principle objective of public policies that are related to several constitutional rights oriented to guaranteeing the Good Living of people.

Not renewable natural resources, such as mining, are not the exception. The Constitution recognizes mining industry as a strategic sector in the production line of the State. In this context, the Constitution and the legal mining regime have established the principle guidelines for the development of the mining activity focused in guaranteeing the “Good Living”. Nevertheless, these guidelines are not sufficient and will never be, as long as the actors in the mining industry –State, individuals and communities – do not actively cooperate in creating the proper guidelines in order to achieve the Good Living.

Nowadays, the position of certain mining companies oriented to contribute to the Good Living, is to go beyond the basic compliance set forth in the legal mining regime regarding environmental and social responsibilities and obligations.

Taking this into consideration, today the bar that measures the level of commitment, responsibility, prevention and execution of mining activities, must exceed minimum levels of compliance and must focus practices on a much more strict level of auto commitment, in compliance with international standards.

In the preparation of “La Riqueza del Buen Vivir”, several investigative tools have been employed such as the inductive method, analytical and sociological method, and the descriptive method. All these methods have been used to identify the most relevant aspects that the mining activity is facing in the country, and to provide guidelines in the private mining industry that may help to achieve the Good Living.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL BUEN VIVIR	4
1.1. Concepto de Buen Vivir.	4
1.2. Origen del Buen Vivir.	6
1.3. Nociones del Buen Vivir.	9
1.3.1. El mundo y el Buen Vivir.	10
1.3.1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.	10
1.3.1.2. Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo.	12
1.3.1.3. Convenio No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.	14
1.3.1.4. Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.	15
1.3.1.5. Declaración de Naciones Unidas sobre los objetivos del Milenio.	18
1.3.1.6. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas	20
1.3.2. El Ecuador y el Buen Vivir.	21
1.3.3. El Buen Vivir en el ordenamiento jurídico nacional.	22
1.3.4. El Buen Vivir en la estructura orgánica o administrativa del Estado.	24
CAPÍTULO II	
LA MINERÍA EN EL ECUADOR.	35
2.1. Historia de la minería en el Ecuador.	35

2.2. Breve análisis Ley de Minería.	40
2.2.1. Aspectos generales del derecho minero.	42
2.2.1.1. Propiedad sobre los recursos naturales.	43
2.2.1.2. Naturaleza del derecho minero.	45
2.2.1.3. Concesión minera, estructura y derechos conexos.	46
2.2.1.4. Obligación concesión minera.	48
2.2.1.4.1. Obligaciones de ejecución y mantenimiento.	49
2.2.1.4.2. Obligaciones económicas.	60
2.2.1.4.3. Obligaciones de protección.	65
2.2.1.4.4. Extinción derechos mineros	70

Capítulo III

Conclusiones: Buenas prácticas aplicadas a la industria minera para alcanzar el Buen Vivir.	73
3.1. La Naturaleza	76
3.2. Las personas y las comunidades de influencia de los proyectos	77

Capítulo IV	79
4.1. Referencias.	79
4.2. Glosario de Términos.	81

INTRODUCCIÓN

“Conseguid oro; con humanidad si podéis, pero por todos los medios posibles”

Orden del Rey de España Fernando VII a los “conquistadores de América” en el año 1511.

Posiblemente hace 501 años esta frase provocó que las miradas y el interés de los hombres que poblaron el viejo continente apunten hacia América, en búsqueda no solo de nuevos mundos, sino también de riqueza, que se la concebía y se encontraba materializada en los metales preciosos, que en abundancia existían en nuestros pueblos originarios.

Si bien hace ya medio milenio se inició la búsqueda desenfrenada por los minerales extraídos en el nuevo mundo, no es menos cierto que la búsqueda e interés del hombre por los recursos provenientes de las entrañas tierra son tan antiguos como su propia existencia. Mina, minería o mineral en español proviene etimológicamente de la lengua celta *mine* que evolucionó en el tiempo a través de varias lenguas como el francés *mine* y el gallo *mina* acompañado del sufijo griego *ia*, terminación que como se conoce denota siempre una cualidad. De acuerdo a la Real Academia de Lengua Española la palabra minería significa arte de laborear las minas.

El proceso evolutivo de la tierra y específicamente los procesos de enfriamiento de su núcleo, en muchas partes de la tierra ha ocasionado que éste expulse a la superficie una variedad de sustancias naturales -entre ellas los minerales- que el hombre las ha sabido extraer, procesar y emplear para atender sus necesidades.

Los registros históricos relacionados con la evolución del hombre, demuestran que éste siempre estuvo vinculado a la búsqueda, extracción y uso de los recursos naturales que han brotado de las entrañas de la tierra; es así como el petróleo es quizá una de las sustancias naturales que más aplicaciones el hombre moderno le ha dado en la vida cotidiana, sea como fuente de energía principal para movilizar las industrias; así también los minerales –oro, plata,

cobre, platino, entre otros- son el componente sustancial en la elaboración de artefactos tecnológicos que aportan en la satisfacción de las necesidades y desarrollo del ser humano.

La ejecución de actividades relacionadas con la explotación de los recursos naturales no renovables, a lo largo de la historia ha sufrido el rechazo y repudio de los pueblos, debido a sus evidentes e irreparables -en algunos casos-secuelas impregnadas en el ambiente y en la retina social de la gente, quienes han palpado y vivido en carne propia el retroceso en el progreso de sus pueblos y el desmejoramiento en sus condiciones de vida, por negligentes procesos extractivos.

Sin entrar a discusiones ideológicas, hoy en día está comprobado que una variable positiva para el desarrollo sustentable de los países, se puede alcanzar a través de la correcta explotación de los recursos naturales, donde el Estado y los particulares jueguen un rol fundamental en el establecimiento de políticas claras de explotación de los recursos de manera responsable.

En el marco de estas políticas el Estado ecuatoriano ha promovido la elaboración y aprobación de la actual Constitución de la República de 2008, la cual establece lineamientos fundamentales respecto a la exploración, explotación y beneficio de los recursos naturales, a los cuales se los ha colocado dentro de los sectores estratégicos para el desarrollo del país.

El 29 de enero de 2009 se promulgó la nueva Ley de Minería, que establece el nuevo régimen legal minero aplicable a los particulares interesados en la industria minera en Ecuador. La nueva Ley en su amplio articulado, recoge varios principios para el establecimiento de políticas de minería sustentable acorde a los principios de la nueva Constitución.

El Estado, sus organismos de control y las diversas agencias públicas juegan un rol fundamental en el control del cumplimiento y prevención de impactos al

ambiente, en la correcta distribución de los recursos en las zonas de influencia, en el establecimiento de relaciones armónicas con las que se aporten al desarrollo de las comunidades, en la disminución de la afectación de sus matrices de vida de las comunidades de influencia y se llegue a obtener el tan anhelado Buen Vivir.

Sin embargo para lograr alcanzar el Buen Vivir, el actual marco jurídico minero vigente no es suficiente, en algunos casos resulta poco preciso y ambiguo en cuanto al establecimiento armónico de políticas de minería responsable y sustentable. Es en base a esta insuficiencia del régimen legal minero, donde las compañías responsables, comprometidas con el desarrollo y bienestar de todos los partícipes de los procesos de explotación de los recursos -Estado, Comunidades y Empresa- deben sobresalir con la aplicación de políticas, lineamientos y acciones de orden privado para aportar con El Estado en el establecimiento del Buen Vivir.

En los últimos tiempos del actual *boom* minero se ha oído con particular atención en varios foros donde las empresas han expuesto sus programas de inversión de exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales, que el objetivo principal de las compañías responsables en Ecuador, es ir más allá de lo que la leyes exige en el cumplimiento de sus obligaciones para con el Estado, las comunidades y la naturaleza.

Para lograr este objetivo, es necesario identificar y dejar en claro los principios, derechos y obligaciones que protegen a las comunidades de influencia directa de las actividades extractivas, a fin que los actores de dicha actividad - compañías privadas o públicas- y el Estado alcancen la armonía y protección de derechos fundamentales en el desarrollo de la industria minera. Así desde el ámbito privado a través de políticas o lineamientos particulares, aportar a la construcción de minería sería y responsable que el País necesita y a través de éstas garantizar un pragmático y verídico régimen del Buen Vivir.

CAPÍTULO I

EL BUEN VIVIR

El primer capítulo del presente trabajo de titulación “El Buen Vivir”, tiene como finalidad afianzar el concepto de Buen Vivir y señalar como dicho concepto llegó a la cultura nacional y se encuentra presente en la legislación y ecuatoriana.

1.1. Concepto de Buen Vivir.

El concepto o definición del Buen Vivir no es nuevo, es tan antiguo como el interés del hombre en agruparse y vivir bajo estructuras organizadas: vivir en sociedad. Algunos tratadistas como el profesor uruguayo Eduardo Gudynas (2011, pp.88) en su obra Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi manifiesta que “el Buen Vivir es un concepto en construcción” y, lógicamente, está en construcción desde hace millones de años, desde las primeras sociedades.

No es un concepto estático o muerto en un cuerpo legal. El concepto de Buen Vivir es vivo, proactivo, se encuentra vinculado al desarrollo del bienestar humano, a la satisfacción de sus necesidades en estricta armonía con la naturaleza y en cumplimiento de derechos que garanticen su acceso, protección y beneficio.

Para entender este concepto, son varias las corrientes o posturas que existe en la actualidad; para el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha considerado las dos más importantes, la *corriente occidental*, por ser la que rige el mundo actual de nuestras sociedades y la *corriente indigenista*, que más importancia le ha otorgado a este concepto y lo ha mantenido vivo a lo largo del tiempo, en sus raíces y su cultura, de la cual los ecuatorianos no han sabido aprovechar y beneficiarse.

Según la corriente occidental –de amplio interés para los economistas- el Buen Vivir no es más que la suma de meros derechos de solidaridad y desarrollo, enfocados en la acumulación de riqueza, distribución equitativa y atención de necesidades -al menos conceptualmente-. El ser humano se vuelve el elemento central de estos derechos y su desarrollo se mide mediante indicadores basados en variables materiales e individuales, como por ejemplo el indicador de bienestar económico (IBEE) o el indicador de desarrollo humano (IDH).

La corriente indigenista, por su parte, considera al Buen Vivir o “Sumak Kawsay” en kichwa ecuatoriano o “Suma Qamaña” en aymara boliviano, como existencia plena, vida o plenitud de vida. Este concepto por lo general se ha visto limitado a una definición pobre e inerte -traducción literal- del castellano.

Para los indígenas andinos, el “Sumak Kawsay” es más que un concepto, es una filosofía de vida que se encuentra sustentada mediante una estructura sólida totalmente espiritual, la cual comprende una visión holística y cosmológica de sus saberes ancestrales.

Esta filosofía de vida del Buen Vivir, logra ensamblar o acoplar los elementos vitales de la existencia humana -en absoluta armonía y equilibrio- la naturaleza, los seres vivos y la razón. Niel Maïté en su obra *Concepto del Buen Vivir* señala una definición adicional al “Sumak Kawsay” que vale la pena tener en mente al momento de hablar de Buen Vivir y las industrias extractivas (2011, pág. 7)

Se define también según la cosmovisión kichwa, como el equilibrio entre los tres ámbitos: Uku Pacha (mundo de Arriba), Kai Pacha (mundo material-tangible) y el Hawa Pacha (mundo de Abajo). Así que la cosmovisión es parte integral de la definición del concepto de Buen Vivir en la cual están presentes la espiritualidad y la naturaleza”.

Si bien este concepto ha permanecido todo el tiempo con la cultura indígena, siempre estuvo relegado a espacios académicos de investigación antropológicos y sociológicos, cobra importancia y entra en discusión política y jurídica a partir de los últimos años de la década de los años 80 y primeros años de la década de los años 90, cuando los movimientos indígenas aparecen en la arena política auspiciados por intelectuales, activistas sociales y un grupo de políticos cuya finalidad es la reivindicación de esta cultura y la defensa de sus derechos conculcados y relegados al olvido por cientos de años.

Hoy en día estos movimientos no se han quedado como propuestas de reivindicación utópicas o esporádicas, sino que han sido reconocidos por varios cuerpos normativos de carácter, universal, regional y local, como la Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (DDPI), el Convenio No. 169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169) dentro del espectro del Derecho Internacional y en la Constitución de la República del Ecuador y de Bolivia, entre otros países andinos dentro del ámbito del Derecho Interno.

1.2. Origen del Buen Vivir.

Como se ha señalado el Buen Vivir está íntimamente relacionado con el desarrollo del hombre, su origen y evolución, van de la mano. Se desconoce información exacta de cuando el concepto de Buen Vivir, formó parte importante de la sociedad -entendida como un forma de organización humana- sin embargo se ha podido conocer que en época de la cultura griega la idea de Buen Vivir empieza a desarrollarse filosóficamente, y ésta se encontraría presente desde los relatos de Homero, como el ideal de vivir en armonía con la naturaleza conforme menciona Emilio Lledo en la entrevista sobre Reflexiones sobre el concepto de buen vivir en la cultura occidental: (2011, pág. 2)

Ya en la Odisea aparece, un maravilloso jardín ideal en el que se rompe el círculo mismo de la naturaleza, no solo indica una

mirada identificada con la vida que nos rodea y con la vida que somos, una mirada amorosa, sino que descubre un ideal de armonía hacia el que tenderá toda la filosofía griega, toda su cultura. Tal vez sea Aristóteles su mayor teórico.

Se conoce que Aristóteles en sus disertaciones políticas ya habló de vivir bien, él concebía que el fin último del hombre era alcanzar la felicidad por medio de una polis feliz. Son estas culturas las que empiezan a idealizar y a preocuparse por un mejor vivir, lastimosamente dicha idealización no se desarrolló proporcionalmente a la evolución del hombre, varios factores han limitado su progreso -aspectos geopolíticos, culturales, sociales económicos entre otros-, con lo cual este concepto se ha quedado relegado o reservado en culturas primigenias, las cuales las han sabido mantener y vivir plenamente.

En América Latina estas culturas primigenias son nuestros pueblos originarios, los cuales a lo largo de su historia han luchado por la reivindicación de su cultura y sus derechos. En el Ecuador, políticamente hablando, los movimientos indígenas cobraron importancia a partir de la década de los años 70 hasta la actualidad, varios años han tenido que transcurrir para que su cultura, su manera de ver el mundo y sus derechos sean reconocidos y respetados por los Estados, al punto de incorporar su concepto del Buen Vivir o Sumak Kawsay en la norma legal más importante que rige en Ecuador como es la Constitución de la República.

Mediante este instrumento el concepto y la cosmovisión indígena del Buen Vivir trasciende de su cultura y se impone e implanta a la mayoría que componen colectivo ecuatoriano, como un objetivo común a conseguir como país, el cual fue planteado por el gobierno actual como la hoja de ruta -Plan Nacional para el Buen Vivir- para direccionar el rumbo del país.

Es importante señalar, que de acuerdo al último censo de población y vivienda realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INEC) en el año

2010, en el Ecuador hay 14.483.499 ecuatorianos y ecuatorianas. La composición étnica de este conjunto corresponde a: 71,9% de mestizos, 7,4% montubios, 7,2 afro ecuatorianos y el 7% de indígenas.

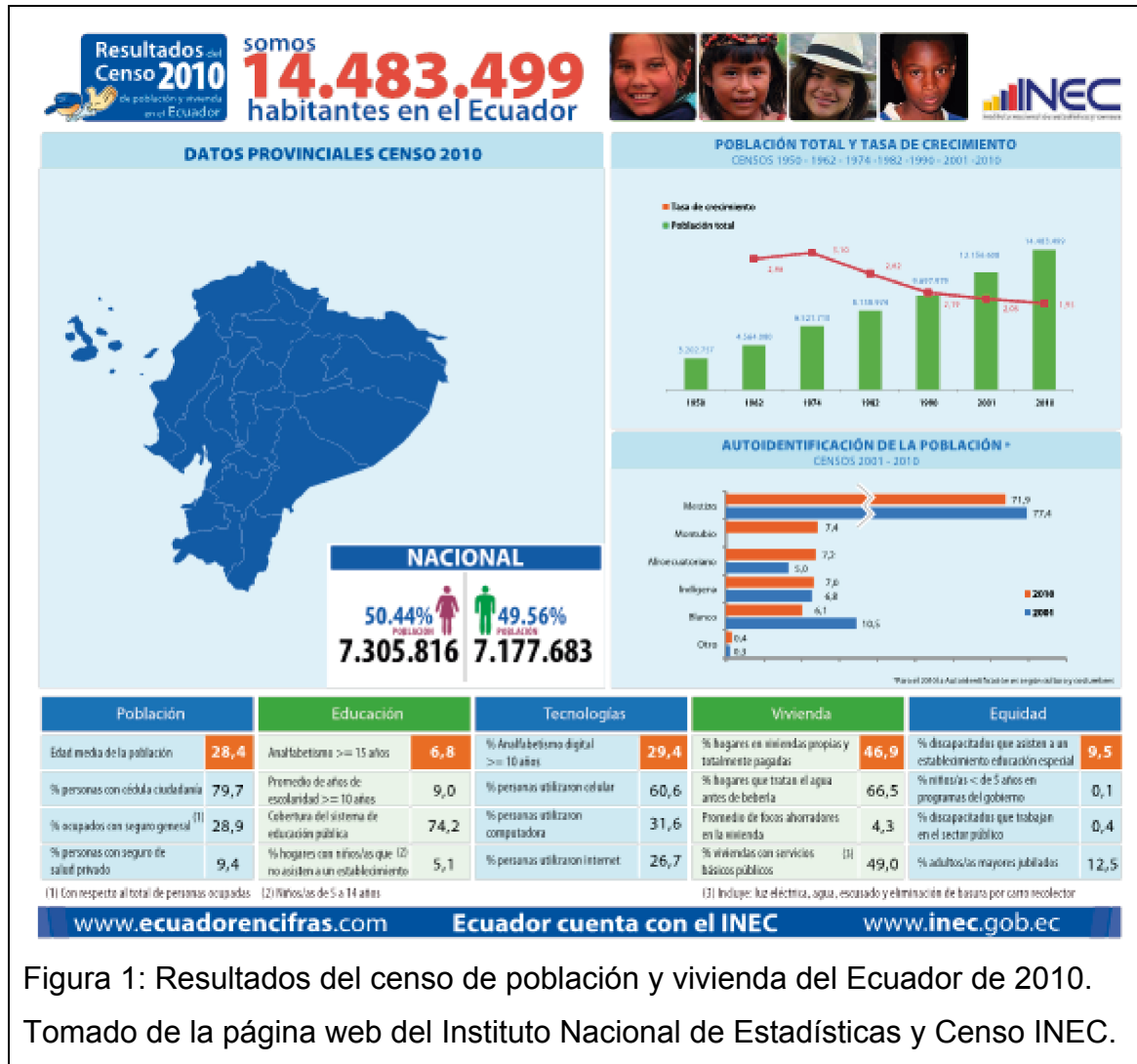


Figura 1: Resultados del censo de población y vivienda del Ecuador de 2010. Tomado de la página web del Instituto Nacional de Estadísticas y Censo INEC.

Finalmente podemos concluir que el Buen Vivir, entendido como el conjunto de normas de convivencia o la filosofía de vida que permite vivir en armonía y equilibrio entre los seres vivos, la razón y la naturaleza, como modelo de desarrollo, es un concepto concebido en las culturas andinas, que va más allá del concepto tradicional de vivir bien o de la mera satisfacción de las necesidades, concebido por la corriente de occidente del Buen Vivir.

1.3. Nociones del Buen Vivir.

Como se ha señalado en las definiciones del Buen Vivir, este concepto no le pertenece únicamente a las culturas Andinas, sino también a las culturas de occidente y oriente que ya sea bajo el concepto de Buen Vivir, Vivir Mejor o cualquier otro concepto a fin buscan satisfacer las necesidades y mejorar la calidad de vida de los seres humanos.

Para este fin, es necesario reconocer el esfuerzo que han hecho los países que conforman las Naciones Unidas, que se han adherido y han ratificado varios tratados, convenciones, acuerdos y demás instrumentos internacionales diseñados para lograr el Buen Vivir en el mundo, como parte del desarrollo de los derechos fundamentales conocidos también como derechos de segunda y tercera generación.

Han sido extensos los esfuerzos que se han realizado nivel mundial, cada uno de ellos enfocado a atender los vacíos existentes, los diversos problemas, las infinitas necesidades, que soporta el mundo frente a conflictos geopolíticos, la mundialización de problemas como la pobreza, el daño al medio ambiente, el desempleo, las enfermedades infectocontagiosas, el narcotráfico, la drogadicción, la escasez de alimentos, la hambruna, el terrorismo, las crisis económicas, la falta de acceso a la salud, entre otros problemas, que están presentes en todos los continentes (www.cinu.org.mx/onu/reforma.htm, 2007).

Sin embargo de aquello, por el enfoque de la presente monografía se analizará brevemente los instrumentos más próximos a nuestra realidad y que, de una u otra manera, nos concierne conocerlos.

Los instrumentos más importantes que han tenido y tienen un impacto en nuestra región, entre otros están, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de finales de los años 60, la Declaración de Naciones Unidas Sobre el Derecho al Desarrollo también de

finales de los 60, el Convenio No.169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 169) de finales de los años 80, el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, de finales de los años 90, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Objetivos del Milenio del año 2000, y la Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas (DDPI) de finales de la década del 2000.

1.3.1. El mundo y el Buen Vivir.

Son los instrumentos antes mencionados los que intentan recopilar en su esencia el concepto del Buen Vivir de la corriente occidental y el del Sumak Kawsay de la corriente indigenista, como un modelo de desarrollo para América y el mundo.

1.3.1.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Leyendo a uno de los más importantes tratadistas y expertos en materia de derechos humanos que tienen el continente americano el Dr. Sergio García Ramírez, en su ensayo “Origen y Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, nos permite comprender con claridad los antecedentes y finalidad que dieron origen a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José.

Su relato transporta al lector en lo que profesor Ramírez denomina como el “Largo viaje Americano” y lo ubica espacialmente en la conmoción vivida en aquellos años, cuando finalizaba la Segunda Guerra Mundial y los hedores de los muertos y las víctimas de tan atroz conflicto bélico estaban presente en la sociedad. Estos acontecimientos provocaron la necesidad imperante de proteger al ser humano de manera expedita, permitiendo así que se desarrolle en corto tiempo los primeros cimientos de la corriente universal y regional del derecho internacional de los derechos humanos, las cuales tuvieron como

resultado la promulgación de las Cartas de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos y tras ellas las Declaraciones de derechos del ser humano, primero la universal y luego la americana.

La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y la vigente Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene como origen una serie de discusiones realizadas dentro del mencionado largo viaje emprendido por el continente americano entre los años 1945 y el 2005. Sirvieron como antecedente para su promulgación la Conferencia de Chapultepec sobre los problemas de la guerra y de la paz, la Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá en 1948 y la Conferencia Especializada de San José de Costa Rica en 1969.

La Convención Americana alcanzó por parte de los Estados el carácter de vinculante el año de 1978 y ese mismo año entró en vigencia luego de contar con el número necesario de ratificaciones. A partir de estos sucesos se estructuró lo que hoy se conoce como el Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, cuya finalidad es la culminación internacional del régimen de tutela de los derechos fundamentales, el cual empieza en el orden de interno de cada estado.

La Convención Americana recoge los principales derechos fundamentales que le asisten al ser humano, como los derechos de primera y segunda generación que a la fecha de su expedición eran los principales derechos desarrollados en el medio académico e intelectual, como también recoge los principales lineamientos adjetivos y sustantivos para estructurar el actual Sistema Interamericano conformado por la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es importante precisar que, a pesar que la Convención se limita al reconocimiento de los derechos conocidos como de primera y segunda

generación -en, el propio Sistema Interamericano a la luz de la propia Convención (Art. 29 Normas de Interpretación) ha permitido que los derechos de tercera y cuarta generación coexistan y sean tutelados por el sistema, lo cual le otorga cierta eficacia al sistema como tal.

Por mencionar un ejemplo respecto a un derecho de tercera generación ampliamente tutelado por el sistema -derechos de los pueblos colectivos y de la naturaleza- es importante precisar que en materia de derechos de los pueblos indígenas el Sistema Americano ha desarrollado amplia doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años de su existencia.

El Ecuador ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 8 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984 y a partir de esta fecha ha sido condenado en varias ocasiones por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones de tutela de derechos fundamentales.

1.3.1.2. Declaración de Naciones Unidas Sobre el Derecho al Desarrollo.

Esta declaración adoptada por las Naciones Unidas el 4 de diciembre de 1986, es un instrumento internacional de avanzada, en el cual se reconoce al desarrollo –como proceso global económico, social, cultural y político- como un derecho humano inalienable, vinculado estrechamente a la autodeterminación, tal como reza el artículo 1 de dicha declaración (Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, 1986):

Artículo 1.-

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y

libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él.

2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.

Es importante considerar que esta Declaración sustenta el derecho al desarrollo en base a la carta constitutiva de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales sobre derechos humanos vigentes para el año de 1986.

A pesar de ser un instrumento internacional de avanzada, la aplicación desde derecho al desarrollo ha sido sistemáticamente obstaculizada por falta de consensos, por falta de modelos generales de desarrollo que enfrenten frontalmente y sistemáticamente la pobreza y las desigualdades sociales independientemente de modelos o estructuras predefinidas por organismos de cooperación internacional.

En relación a este punto, se debe reconocer -indistintamente de posiciones políticas- que el Ecuador en los últimos años ha diseñado un modelo propio de desarrollo, conocido como "Plan Nacional para el Buen Vivir", cuyos resultados reales se podrán valorar realmente en el transcurso de algunos años más, donde se evidencie el trabajo desarrollado por el Estado y donde las condiciones de vida y necesidades insatisfechas hayan alcanzado un nivel de satisfacción válido. Hoy en día los resultados preliminares han sido opacados con una bruma de intereses mediáticos, políticos y electorales que hacen que pierda objetividad éstas primeras valoraciones.

En todo caso, es necesario reconocer que el Ecuador en la región ha liderado la postura de establecer un modelo propio de desarrollo y de alguna manera se ha alejado de los esquemas tradicionales, que en muchos casos han sido observados negativamente por las sociedades, que se han visto acorraladas por el crecimiento inconmensurable de la pobreza y la desigualdad.

1.3.1.3. Convenio No.169 Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo.

Conocido también como el Convenio No. 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), organismo especializada de la Organización de las Naciones Unidas, cuyo principal objetivo consiste en fomentar la mejoría de las condiciones de trabajo, promover la generación de empleos productivos y el desarrollo social, con la finalidad de mejorar el nivel de vida de las personas en todo el mundo.

Es importante tener en cuenta que este organismo, se originó mucho antes de la creación de la Naciones Unidas, su creación se encuentra vinculada al Tratado de Versalles de 1919 que regía para la Sociedad de las Naciones, organización previa a la creación de Naciones Unidas.

Al ser un organismo especializado de Naciones Unidas, sus actividades y finalidades están destinadas al establecimiento de directrices tendientes a eliminar la explotación infantil, promover un trato igualitario y participativo para trabajadores discapacitados, fomentar la libertad de asociación laboral y en sí a precautelar los derechos fundamentales de los trabajadores.

En cuanto al contenido o alcance del Convenio No. 169, se debe precisar que este instrumento por primera vez, establece lineamientos de protección de derechos fundamentales “colectivos” a favor de pueblos indígenas y tribales, como un segmento de la población considerado en riesgo o vulnerable, en lo que respecta a diversos aspectos sensibles, como son: el reconocimiento,

aceptación y respeto de su cultura y forma de vida, su propiedad y relación con sus tierras o territorios, su acceso a fuentes de trabajo y protección laboral particular, su acceso a programas de capacitación, acceso a sistema de aseguramiento social, entre otros. De manera particular a considerar que ya en este Convenio, se establecen los primeros criterios de protección de desplazamientos físicos, reubicación y consentimiento previo.

De igual manera uno de los principales aportes al Derecho Internacional que el Convenio No. 169 estableció en favor de la tutela de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es sin duda el *Principio Pro-Indígena* que permite que todos los derechos otorgados a los pueblos indígenas bajo cualquier otra fuente de derechos, deban ser respetados y garantizados a favor y beneficio de los pueblos indígenas (Convenio No.169 Organización Internacional del Trabajo, 1989).

Artículo 35.-

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales

El Ecuador se hizo parte y ratificó este Convenio el 5 de mayo de 1998, fecha en la que este instrumento se hizo de cumplimiento obligatorio, carácter vinculante y se incorporó en nuestra legislación.

1.3.1.4. Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

El Protocolo de Kyoto es el instrumento que permite ejecutar la Convención de Naciones Unidas sobre el cambio climático, principalmente a lo que se refiere al compromiso de los países industrializados que son parte del protocolo, a

estabilizar y reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, el cual entró en vigencia en el año 2005.

Señala el organismo de Naciones Unidas para el cambio climático, que este fenómeno ha sido un problema latente para el mundo a partir de inicios del siglo XIX, cuando algunos científicos identificaron que hubo cambios naturales en el paleoclima como consecuencia del efecto invernadero natural, los cuales pudieron ser advertidos mediante las observaciones científicas que se realizaron a: la reducción de las cubiertas de nieve de los hielos marinos del ártico, la presencia de fenómenos climáticos como las lluvias y sequías, el aumento en la temperatura del ambiente, el aumento de la actividad ciclónica tropical, el movimiento de las estaciones climáticas y finalmente cambios inducidos por el clima en al menos 420 procesos físicos y especies o comunidades biológicas.

A raíz de estos cambios en el ambiente y la naturaleza alertaron a la comunidad científica, provocaron que los Estados por medio de Naciones Unidas den los primeros pasos en establecer lineamientos y políticas para tratar de controlar el comportamiento de los países frente a la naturaleza y al ambiente, siendo uno de los primeros instrumentos el Protocolo de Montreal del año 1987, mediante el cual los Estados miembros de dicho protocolo, se obligaron actuar en interés de la seguridad humana, incluso a falta de certeza científica. Hoy esta posición ha sido positivizada por la legislación internacional y por varios países incluyendo el Ecuador, como un principio de derecho ambiental conocido como principio precautorio (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Art. 396.- El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas

protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas

Cada uno de los actores de los procesos de producción, distribución, comercialización y uso de bienes o servicios asumirá la responsabilidad directa de prevenir cualquier impacto ambiental, de mitigar y reparar los daños que ha causado, y de mantener un sistema de control ambiental permanente.

Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles. (Lo subrayado ha sido añadido).

Este protocolo y el incremento de fenómenos climáticos asociados al calentamiento global generados por los gases que provocan el efecto invernadero, incrementaron la preocupación del mundo científico -que realiza un gran esfuerzo para estudiar todas las variaciones del cambio climático- y a los líderes y representantes de las naciones, lo que provocó la creación de la dependencia de Naciones Unidas destinada a prevenir el cambio climático, conocido como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, realizada en Río de Janeiro en el año 1992, en la cual se conoció e incorporó al ordenamiento jurídico universal, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de Lucha contra la Desertificación.

De manera general, cada uno de estos antecedentes ha logrado sensibilizar a la comunidad internacional, sobre el rol en que intervienen los países y sus ciudadanos en la conservación del ambiente y como consecuencia de esto, hoy en día son más los países, científicos y recursos destinados a la investigación

de los cambios en el ambiente, son más agresivas y extensas las campañas de concientización, se han generado y abierto nuevos foros, conferencias y protocolos, destinados a disminuir al máximo los comportamientos que generan que dichos cambios climáticos sucedan.

1.3.1.5. Declaración de Naciones Unidas sobre los Objetivos del Milenio.

El siglo pasado el mundo vivió acontecimientos muy significativos, que quedaron marcados negativamente en la historia del ser humano, guerras, tragedias naturales, genocidios, inicio de regímenes totalitarios, enfermedades devastadoras, entre otros.

De igual manera se puede señalar que existieron momentos positivos que marcaron el desarrollo de la civilización humana en salud, en tecnología, comunicación, educación y ciencia, sin embargo a pesar de esto, finalizando el milenio el mundo se enfrentó a un proceso de acelerado de globalización donde a pesar de existir avances significativos en el desarrollo de las naciones, algunos factores importantes, como la pobreza, salud, educación, atención prioritaria a grupos vulnerables, crecen aun hoy en día inmensurablemente, dejando a la deriva del desarrollo al continente africano y otros continentes en el subdesarrollo.

Para finales del milenio, muchos movimientos sociales y algunos países, frente a la desigualdad existente en el mundo -desarrollo vs. subdesarrollo-, empezaron a elevar su voz de protesta frente al crecimiento desproporcionado del subdesarrollo frente al desarrollo. Preocupados por esta realidad la Organización de Naciones Unidas empezó una serie de conferencias y acciones destinadas a identificar los aspectos más sensibles que está sufriendo el mundo, establecer planes contingentes para reforzar la ayuda y gestión que se da para combatir los problemas identificados y finalmente buscar la sensibilización y apoyo de las naciones frente a tales problemas.

El año 2000 dentro del quincuagésimo quinto período de sesiones de la Organización de Naciones Unidas, tuvo lugar la Cumbre del Milenio de Naciones Unidas, cuya reunión de trabajo terminó con la Declaración del Milenio con el mensaje para de erradicación de la pobreza como una prioridad para todas las naciones; dicha declaración fue aprobada por 189 países y suscrita por 147 Jefes de Estado y gobierno.

Mediante la Declaración del Milenio se delimitaron ocho objetivos primordiales y 21 metas cuantificables a alcanzar hasta el año 2015, los cuales son:

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS	
OBJETIVOS DECLARACIÓN DEL MILENIO	
OBJETIVO 1:	Erradicar la pobreza extrema y el hambre.
OBJETIVO 2:	Lograr la enseñanza primaria universal.
OBJETIVO 3:	Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer.
OBJETIVO 4:	Reducir la mortalidad infantil.
OBJETIVO 5:	Mejorar la salud materna
OBJETIVO 6:	Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades.
OBJETIVO 7:	Garantizar el sustento del medio ambiente.
OBJETIVO 8:	Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

A falta de 3 años para que se cumpla el plazo establecido por los suscriptores de la Declaración del Milenio, se puede afirmar que son pocos los países que han logrado cumplir con todos los objetivos fijados de acuerdo al informe de cumplimiento de los objetivos emitido por Naciones Unidas, del cual se desprende que la pobreza extrema se redujo en al menos la mitad y se encuentra disminuyendo en todas las regiones del mundo.

Frente a esta realidad es necesario resaltar el esfuerzo que han hecho los Estados para tratar de acortar la brecha existente y provocar que se redoblen los esfuerzos, ya que mientras siga existiendo pobreza, hambre, mortandad, desigualdad, analfabetismo en el mundo, la preocupación seguirá latente.

1.3.1.6. Declaración Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas un 10 de diciembre de 2007 dentro del sexagésimo primer período de sesiones, luego de varios años de análisis y discusión de varios organismos técnicos creados para su elaboración. La Declaración fue aprobada con la votación positiva de 143 países, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y 11 abstenciones. Es importante señalar que los 4 países que votaron en contra de la Declaración, revertieron su decisión y se adhirieron a la Declaración.

En cuanto a su contenido, la declaración se enfoca en tratar de precautelar los principales derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas – económicos sociales y culturales-, a los cuales los reconoce como inherentes y los cuales se han visto conculcados desde los primeros años de la conquista. Dentro de los principales derechos tutelados por la Declaración, entre otros constan los derechos a la identidad, lengua, propiedad (tierras), bienes, recursos naturales, trabajo, educación y su cultura ancestral, su creencias religiosas y al desarrollo, con la finalidad de erradicar el racismo y la discriminación.

Como se puede evidenciar de solo una pequeña parte -relevante- de la extensa producción de legislación internacional, el Buen Vivir ha estado presente como finalidad en cada uno de los cuerpos normativos señalados anteriormente y como precepto ha estado y estará en constante construcción y desarrollo a

nivel de mundial por medio de la Organización de Naciones Unidas y a nivel local por medio de la legislatura nacional y el involucramiento de los diferentes actores de la sociedad civil.

1.3.2. El Ecuador y el Buen Vivir.

En el Ecuador el Buen Vivir como fin –corriente occidental- tampoco estuvo alejado, en la Constitución de Sangolquí ya se reconocieron algunos derechos fundamentales de avanzada –derechos humanos de tercera y cuarta generación-, sin embargo dichos derechos se vieron limitados precisamente por la dificultad de una tutela efectiva por parte del Estado, lo que ocasionó que no solo se conculquen tales derechos, si no que su desarrollo se vea limitado localmente.

Aterrizando a tiempos actuales y de alguna manera coincidiendo con la postura del Gobierno actual, el Ecuador se enfrenta a un cambio de época, donde se ha modificado sustancialmente la estructura administrativa del Estado y principalmente su ordenamiento jurídico.

Bajo este contexto, la actual Constitución de la República del Ecuador o Constitución de Montecristi, bajo el liderazgo del Gobierno actual, ha adoptado al Buen Vivir desde la cosmovisión indigenista, es así que textualmente la Carta Magna en su preámbulo señala que “Decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el Buen Vivir, el Sumak Kawsay” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Este concepto se traslada del pedestal de los ideales y se convierte en una filosofía de vida, plasmado en un conjunto de derechos y garantías consideradas de avanzada; hay que reconocer que en este sentido se han roto varios paradigmas y hoy el Ecuador se encuentra en la mirada del concierto de

naciones que miran atentamente la producción normativa y el desarrollo del país.

Como se ha mencionado el Buen Vivir adoptado por el Estado, se encuentra enfocado en dos pilares esenciales: **1)** en el ordenamiento jurídico, por medio de la Constitución de la República, la legislación principal y secundaria vigente; y, **2)** en la estructura orgánica o administrativa del país. Para efectos del presente trabajo de titulación, el análisis se centrará en estos dos aspectos, sin que esto se considere que son los únicos puntos que el Buen Vivir se encuentre presente.

1.3.3. El Buen Vivir en el ordenamiento jurídico nacional.

El Ecuador aprobó el 8 de septiembre de 2008 mediante referéndum una nueva Constitución -la número vigésima primera, conocida también como la Constitución de Montecristi- esta constitución se la podría colocar dentro del grupo de las Constituciones más desarrolladas del mundo, como una Constitución garantista que ubica al Estado dentro del concepto moderno del estado social de derechos dentro de la corriente del neoconstitucionalismo.

El profesor mexicano Miguel Carbonell en el prólogo de la publicación “Neoconstitucionalismo y Sociedad” hace un corta reflexión sobre esta teoría constitucional que permite ubicarse de mejor manera en lo que es el neoconstitucionalismo más allá de una definición académica (Neoconstitucionalismo y Sociedad, 2010).

El neoconstitucionalismo asume diversos presupuestos que no siempre quedan claros y pueden suscitar confusiones. Vale la pena recordar que para el Neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio de la satisfacción de los derechos fundamentales.

Empero, es fundamental entender lo que postula esta teoría constitucional desde la academia y para este efecto es imprescindible como lo señala la profesora M. Jori en su obra “La Cicalae la fornica en la ragioni del garantismo”, analizar lo que expone en sus obras uno de los mayores investigadores del Garantismo Jurídico, el maestro Luigi Ferrajoli, cuya teoría en palabras de Norberto Bobbio se puede sintetizar como (Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal, 2007):

La elaboración de un sistema general del garantismo o, si se quiere, la construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tienen por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal.

Académicamente se podría concluir que la teoría del garantismo, es la más completa tesis de derecho actualmente desarrollada, su autor emplea el concepto de garantismo como: i) un modelo normativo de derecho, ii) una teoría jurídica; y, iii) una filosofía política (Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal, 2007).

Bajo este contexto, la Constitución de Montecristi hace un reconocimiento expreso de este modelo de Estado garantista, donde el Estado, su estructura, el derecho y el Poder -público y privado- se someten a los derechos; donde la fuente de los derechos supera el concepto tradicional y se amplía positivamente (Estatual, Supraestatal, Soft Law), donde el catálogo de derechos deja de ser un capítulo específico y se encuentra disperso a lo largo de todo el texto constitucional en palabras de Ramiro Ávila; donde “se supera la visión reduccionista de que solo las garantías son jurisdiccionales y, entre éstas, que son cautelares y residuales” (2009, págs 121-147), con lo cual, se puede decir que el Ecuador evolucionó del Estado social de derecho de la Constitución de 1998, al Estado constitucional de derechos de la Constitución actual. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

A estos preceptos que han sido revisados brevemente, los assembleístas – autores de la actual constitución- incorporaron en la estructura de la constitución, la filosofía del Sumak Kawsay la cual se entrelaza en cada parte del texto constitucional con la finalidad a alcanzar el Buen Vivir.

1.3.4. El Buen Vivir en la estructura orgánica o administrativa del Estado.

La aplicación de la teoría del Estado Garantista, de la Constitución de Montecristi y el Sumak Kawsay, requieren de una parte orgánica para ser algo real y no un enunciado más en el ordenamiento legal, lo cual presupone un libretto que establezca los lineamientos de cómo funcionará el Estado, cuales son sus principales objetivos, metas a cumplir y como las garantías que establece la constitución se harán efectiva para el colectivo nacional e internacional.

Para poder hacer efectivo todo lo que promueve y busca la actual Constitución, el Gobierno nacional tuvo que realizar varias modificaciones a la estructura administrativa del Estado, desde su organización territorial hasta las posturas como se tenía concebido la administración pública. Bajo este escenario se transformó y se dotó de mejores herramientas a la antigua y aletargada

Secretaría de Planificación y se la transformó en la actual Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES que hoy ejerce un papel muy importante y fundamental no solo en la estructura del Estado, sino también en su funcionamiento.

Esta institución se encargó de elaborar inicialmente el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 que sin caer nuevamente en la discusión política, contiene el plan de gobierno del movimiento político del Presidente de turno, para luego finalmente, armado de toda la parafernalia que implicó la elaboración y aprobación de la Constitución de Montecristi, elaborar en el año 2009 el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013, cuya presentación es necesaria conocerla literalmente (Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013):

El Buen Vivir forma parte de una larga búsqueda de modos, formas de vida que han impulsado los actores sociales de América Latina durante las últimas décadas, como parte de sus reivindicaciones frente al modelo económico neoliberal. En el caso ecuatoriano, dichas reivindicaciones fueron incorporadas en la Constitución convirtiéndose entonces en los principios y orientaciones del nuevo pacto social.

No obstante, el Buen Vivir se construye continuamente desde reivindicaciones que buscan una visión que supere los estrechos márgenes cuantitativos del economicismo y permita la aplicación de un nuevo paradigma cuyo fin no sea los procesos de acumulación material, mecanicista e interminable de bienes, sino que promueva un estrategia económica incluyente, sostenible y democrática, es decir, que incorpore a los procesos de acumulación y redistribución a los actores que históricamente han sido excluidos de las lógicas del mercado capitalista, así como a aquellas formas de producción y reproducción que se fundamentan en principios diferentes a dicha lógica de mercado.

Asimismo, se construye desde las posiciones que reivindican la revisión y reinterpretación de la relación entre la naturaleza y los seres humanos, es decir, desde el tránsito del actual antropocentrismo al biopluralismo (Guimaraes en Acosta, 2008): que la actividad humana realice un uso de los recursos naturales adaptado a la generación (regeneración) natural de los mismos.

Finalmente, el Buen Vivir se construye también desde la búsqueda de igualdad y justicia social, y desde el reconocimiento, la valoración y el diálogo de los pueblos y de sus culturas, saberes y modos de vida.

Entonces, el Buen Vivir es un concepto complejo, no lineal, históricamente construido y en constante resignificación. Con estas precisiones, nos aventuramos a sintetizar qué entendemos por Buen Vivir *“la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir presupone tener tiempo libre para la contemplación y emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno visto como un ser humano universal y particular a la vez valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a un otro). Nuestro concepto de Buen Vivir nos obliga a reconstruir lo público para reconocernos, comprendernos y valorarnos unos a otros - entre diversos pero iguales- a fin de que prospere la posibilidad de reciprocidad y mutuo reconocimiento, y con ello posibilitar la autorrealización y la*

construcción de un porvenir social compartido” (Ramírez, 2008: 387).

De manera general -más allá de discusiones ideológicas- el Plan Nacional para el Buen Vivir contiene aspectos altamente interesantes e importantes de conocer y analizar objetivamente, uno de ellos es que para su elaboración se empleó como línea base los objetivos del milenio de Naciones Unidas, contrastados con la realidad nacional, rompiendo los paradigmas de una estructura político-administrativa insuficiente, con el objetivo principal que de alcanzar el desarrollo -concebido como la satisfacción de las necesidades en armonía con la comunidad y la naturaleza- de los ecuatorianos.

Para este efecto el Plan contempla varios desafíos, estrategias y objetivos claros a cumplirse en un período de 5 años.

**SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO
DESAFÍOS PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR**

- ❖ Construir una sociedad que reconozca la unidad en la diversidad.
- ❖ Reconocer al ser humano como gregario que desea vivir en sociedad.
- ❖ Promover la igualdad, la integración y la cohesión social como pauta de convivencia.
- ❖ Garantizar progresivamente los derechos universales y la potenciación de las capacidades humanas.
- ❖ Construir relaciones sociales y económicas en armónica con la naturaleza.
- ❖ Edificar una convivencia solidaria, fraterna y cooperativa.
- ❖ Consolidar relaciones de trabajo y de ocio liberadoras.
- ❖ Reconstruir lo público.
- ❖ Profundizar la construcción de una democracia representativa, participativa y deliberativa.
- ❖ Consolidar un Estado democrático, pluralista y laico.

Los desafíos planteados por el Estado están concebidos para generar un ruptura conceptual de desarrollo y Estado, cuyo objetivo a mediano plazo es

construir de en palabras del Soc. René Ramírez en una “biópolis turística” (Plan Nacional del Buen Vivir, 2009-2013). El concepto de biópolis turística con cierta probabilidad, debe ser un concepto aún en desarrollo, sin embargo de la lectura entre líneas del Plan Nacional para el Buen Vivir, éste objetivo presupone modificar la matriz productiva y estratégica del Estado y generar una correcta redistribución post petrolera de los ingresos.

De acuerdo a una entrevista realizada al actual titular de la SENPLADES Dr. Fander Falconí, el cambio de matriz productiva y estratégica del Estado, se entendería como la salida de la economía extractivista utilizando los recursos provenientes de la explotación de los recursos naturales y reinvertirlos en educación y especialización interna.

Este objetivo en la actualidad, es necesario no perderlo de vista y ubicarlo en lugar de análisis y estudio; mientras tanto es público y evidente que el Gobierno Nacional hoy le apuesta en un porcentaje considerable a las rentas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, como el petróleo y la minería considerados por la Constitución de Montecristi como sectores estratégicos del Estado.

Es así, que en la actualidad el Ecuador en el área hidrocarburífera, ha convocado para el 28 de noviembre de 2012 a la XI Ronda Petrolera donde saldrán a licitación 13 bloques petroleros, ubicados en el sur oriente de la Amazonía Ecuatoriana, luego que han transcurrido 16 años de la última ronda petrolera realizada.

De igual manera es público que se han renegotiados todos los contratos petroleros conforme lo establece la vigente Ley de Hidrocarburos -a la figura contractual de prestación de servicios- que fue reformada con la finalidad de recuperar la soberanía del Estado frente al manejo de los recursos naturales; esta renegociación en información proporcionado por el Estado ha generado incrementos en los ingresos petroleros de alrededor de US\$ 1.410'600.000,00,

conforme lo señala el informe de labores del año 2012 del Economista Wilson Pastor Morris como Ministro de Recursos Naturales No Renovables (Informe de Labores Ministro de Recursos Naturales No Renovables, 2012).

En lo que respecta al área minera la realidad no ha sido distinta, el Gobierno ha manifestado públicamente su apoyo al desarrollo de la industria minera, siempre que ésta mantenga conductas serías, responsables y que sus recursos provenientes de la extracción de minerales aporten al desarrollo del Ecuador.

Si bien el inicio de este período minero o si se quiere llamarlo como se dice en el argot popular el “boom minero” -semejando el período del petróleo que vivió el Ecuador hace algunos años-, en sus inicios en el año 2008 la situación fue algo distinta -algunas compañías lo calificarían como nefasto- la industria minera enfrentó un serio proceso de inestabilidad jurídica, que en muchos casos particulares se mantienen aún, por un error necesario -a manera de ver del autor de este trabajo de titulación- para tomar el control absoluto de la industria por parte del Estado.

El Estado en su afán de tomar el control sobre la industria minera como el legítimo propietario de los recursos naturales del subsuelo, a través de la Asamblea Nacional Constituyente el 18 de abril de 2008 promovió y promulgó el Mandato Constituyente No. 6, ingratamente recordado como Mandato Minero. Este cuerpo legal mientras estuvo vigente, tenía impreso los plenos poderes que asumió la Asamblea Nacional Constituyente mediante la expedición del Mandato Constituyente No. 1, los cuales entre otros determinaron el carácter vinculante y la superioridad jerárquica de sus decisiones respecto de cualquier norma del ordenamiento jurídico vigente; definió la intangibilidad de sus decisiones por parte de los poderes constituidos, convirtiéndolas en inimpugnables; asumió las atribuciones y deberes de la Función Legislativa; y, declaró en receso a los diputados principales y suplentes elegidos por elección popular a esas fechas. Textualmente la norma que estableció las atribuciones de la Asamblea Nacional Constituyente decía:

Art. 2.- De las Atribuciones de la Asamblea Constituyente.- La Asamblea Constituyente ejerce sus facultades mediante la expedición de: mandatos constituyentes, leyes, acuerdos, resoluciones y las demás decisiones que adopte en uso de sus atribuciones.

Las decisiones de la Asamblea Constituyente son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma del orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Ninguna decisión de la Asamblea Constituyente será susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

Los jueces y tribunales que tramiten cualquier acción contraria a las decisiones de la Asamblea Constituyente serán destituidos de su cargo y sometidos al enjuiciamiento correspondiente. De igual manera, serán sancionados los funcionarios públicos que incurran o promuevan, por acción u omisión, el desacato o desconocimiento de las disposiciones de la Asamblea Constituyente”. (Lo subrayado ha sido añadido). (Mandato Constituyente No.1, 2008)

El Mandato Minero en su parte positiva tuvo como finalidad poner fin a una serie de prácticas negativas que giraban alrededor del desarrollo de actividades de exploración y explotación minera, que es necesario para el análisis reconocer que existía en la industria minera, tales como el acaparamiento de concesiones, el aprovechamiento de información privilegiada, la ociosidad de actividades de inversión, la especulación de concesiones mineras, entre otras.

En la parte negativa del mencionado mandato, resulta importante reconocer que bajo la conducción de un grupo de académicos y políticos afines al

activismo medio ambiental -radical- se pretendió extinguir del mercado de industrias ecuatorianas la actividad minera, al establecer como presupuesto fáctico para la extinción de concesiones mineras, una serie de condicionamientos lógicos que se encuentran relacionados con dichas actividades, por ejemplo se ordenaba la extinción de las concesiones que se encontraban dentro al interior de áreas protegidas, las que hayan sido otorgadas más de tres a un mismo titular, se declaró la moratoria minera y se suspendieron las actividades en las concesiones que se encontraban en fase de exploración, entre otras.

Sin querer entrar en un análisis exhaustivo sobre la legalidad o constitucionalidad del Mandato Minero -que bien puede ser objeto de un trabajo entero de titulación-, se debe precisar que dicho cuerpo legal violentaba manifiestamente varios preceptos y derechos constitucionales vigentes al momento de su promulgación, como los de seguridad jurídica, debido proceso, no confiscación, no discriminación, igualdad ante la ley, por señalar algunos cuantos.

En el año 2009 se promulgó un nuevo régimen legal minero que estableció las nuevas reglas para el desarrollo de la industria minera en el Ecuador, ha partir de esa fecha solo un pequeño porcentaje -muy reducido- de concesiones han podido continuar con sus proyectos; es así, que en la actualidad solo 5 proyectos son considerados como estratégicos, de los cuales solo 3 han iniciado negociaciones con el Estado y solo uno ha suscrito un contrato para la explotación de su proyecto.

Sin embargo de aquello el día 5 de marzo de 2012 fue un día especial para la industria minera, ese día se concretó formalmente el apoyo y aceptación del Estado a un proceso de extracción de minerales de manera responsable, mediante la suscripción del primer Contrato de Explotación Minera -bajo el actual régimen legal minero- suscrito por la corporación extranjera de capitales de origen Chino Ecuacorriente S.A.

Ese día el Presidente Correa reconoció su limitado conocimiento sobre la industria minera -lo que permite entender los primeros traspiés en el inicio del boom minero- y enarboló la bandera de la minería responsable, respaldada por un Gobierno aparentemente convencido de los procesos responsables y totalmente ávido por los recursos provenientes de su explotación, cuya finalidad contribuirá en el desarrollo de las zonas de donde se generan dichos recursos y se extenderá a todos los Ecuatorianos; utilizando las propias palabras del presidente Correa en el discurso de marras, (Rafael Correa, 2012) “No podemos ser mendigos, insisto, sentados en un saco de oro”.

Este contexto debemos señalar que de acuerdo al Gobierno actual, tanto la industria minería como la petrolera están consideradas directa e indirectamente en el Plan Nacional para el Buen Vivir, el Estado apuesta a estas dos industrias para obtener recursos y reinvertirlos en otras áreas de la economía como son la agricultura, la salud, la educación, la ciencia y la tecnología, la generación de energías limpias y en un mediano plazo no tener que depender de la explotación de recursos naturales, para esto el Plan presenta doce estrategias de cambio y doce objetivos a cumplir.

SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO	
ESTRATEGIAS DE CAMBIO PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR	
I.	Democratización de los medios de producción redistribución de la riqueza y diversificación de las formas de propiedad y de organización.
II.	Transformación del patrón de especialización de la economía a través de la sustitución selectiva de importaciones.
III.	Aumento de la productividad real y diversificación de las exportaciones, exportadores y destinos mundiales.
IV.	Inserción estratégica y soberana en el mundo e integración latinoamericana.
V.	Transformación de la educación superior y transferencia de conocimiento en ciencia, tecnología e innovación.

VI.	Conectividad y telecomunicaciones para construir la sociedad de la información.
VII	Cambio de la matriz energética.
VIII.	Inversión para el Buen Vivir, en el marco de una macroeconomía sostenible.
IX.	Inclusión, protección social solidaria y garantía de derechos en el marco del Estado.
X.	Sostenibilidad, conservación, conocimiento del patrimonio natural y fomento al turismo comunitario.
XI.	Desarrollo y ordenamiento territorial, desconcentración y descentralización
XII.	Poder ciudadano y protagonismo social.

Analizando en detalle cada uno de los doce estrategias y objetivos, se puede evidenciar que la explotación de recursos naturales no renovables, es un sector estratégico de la economía del Ecuador y que como proceso sustentable podrá a mediano plazo ser desplazado como fuente principal de la economía y pasar a ser un ingreso secundario. Mientras tanto hoy por hoy son con el rubro obtenido por pagos de tributos, las principales fuentes de ingreso del erario nacional.

SECRETARÍA NACIONAL DE PLANIFICACIÓN Y DESARROLLO	
OBJETIVOS PLAN NACIONAL DEL BUEN VIVIR	
Objetivo 1	Auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial en la diversidad.
Objetivo 2	Mejorar las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.
Objetivo 3	Mejorar la calidad de vida de la población.
Objetivo 4	Garantizar los derechos de la naturaleza y promover un ambiente sano y sustentable.
Objetivo 5	Garantizar la soberanía y la paz, e impulsar la inserción

	estratégica en el mundo y la integración Latinoamericana.
Objetivo 6	Garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas.
Objetivo 7	Construir y fortalecer espacios públicos, interculturales y de encuentro común.
Objetivo 8	Afirmar y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.
Objetivo 9	Garantizar la vigencia de los derechos y la justicia.
Objetivo 10	Garantizar el acceso a la participación pública y política.
Objetivo 11	Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.
Objetivo 12	Construir un Estado democrático para el Buen Vivir.

CAPÍTULO II

LA MINERÍA EN EL ECUADOR.

2.1 Historia de la minería en el Ecuador.

Los registros históricos señalan que los primeros *Homos* –variedad de hombre primitivo resultado de la evolución de los Australopitecos- fueron los primeros seres que incursionaron en la minería en la faz de la tierra (*Homo habilis*/*Homo Rudolfensis*), los restos más antiguos encontrados de esta especie datan de aproximadamente unos 1.8 millones de años, restos en los cuales se evidencia que se elaboró herramientas rudimentarias en base a elementos obtenidos del subsuelo como la obsidiana y otras rocas, minerales característicos del período paleolítico o Edad de Piedra.

Como se conoce el período paleolítico se extendió hace aproximadamente 2.85 a 10.000 millones de años y precedió en la evolución del hombre en la conocida Edad de los Metales.

En América, específicamente en lo que hoy es la región Andina, el período paleolítico también estuvo presente y se conoce sobre su existencia por registros históricos que datan de hace 15.000 a.C. – 7.000 a.C.. En dichos registros se evidencia la presencia de minería en las culturas que se desarrollaron en los territorios que hoy conforman el Ecuador, Perú, Bolivia.

Ubicándose dentro del análisis espacial del presente trabajo de titulación y de acuerdo a una entrevista realizada al Historiador Juan Paz y Miño respecto al origen de minería en el Ecuador, se conoce que esta actividad ha estado presente siempre e íntimamente vinculada con el desarrollo de las culturas que antecedieron a la sociedad ecuatoriana actual.

Existen datos concretos obtenidos de estudios a excavaciones arqueológicas realizadas a asentamientos de lo que fue la cultura Valdivia Tardía que data de hace 3.500 años a.C y otras culturas subsecuentes como Machalilla y Chorrera, principalmente en lo que se conoció como la Isla La Tolita - Pampa de Oro, desarrollada en el período de desarrollo regional donde se evidencia la metalurgia bien desarrollada.

Profundizando el análisis de la presencia de la minería en el Ecuador, no se puede omitir el acontecimiento más próximo vinculado al interés del hombre por el aprovechamiento de los metales preciosos. Esto es el caso concreto de la conquista española sobre el antiguo Tahuantinsuyo que se inicio en el año 1532. Es en ese siglo -XVI- donde empieza lo que se conoció como el Siglo de Oro.

El Siglo de Oro conforme consta en un sin numero de crónicas y registros de Indias, -los cuales se encuentran dispersos en varias bibliotecas de todo el mundo-, empieza con el saqueo que hacen los españoles de todo los recursos minerales que los indígenas habían extraído y elaborado en oro y plata de acuerdo a todo lo que comprende sus raíces y creencias culturales.

En el siglo XVII se conoce que minería decae y sobresale en importancia de las culturas de la época, la producción obrajero textil. En el siglo XVIII, se evidencia que en las culturas primitivas ecuatorianas es más importante la agricultura, ya que la explotación de minas se va agotado por la falta de conocimientos técnicos para el descubrimiento de nuevos depósitos y yacimientos. En el siglo XIX la agricultura florece notablemente y adquiere una importancia productiva sobresaliente, y la minería deja de ocupar un lugar de importancia y pasa a ser relegada a una mera actividad artesanal y de subsistencia.

Como se ha señalado, la minería ha estado presente a lo largo de la historia del país como territorio y como cultura. Han existido lavaderos y minas de oro

siempre y en lo que respecta a los registros históricos de finales del siglo XIX e inicio del siglo XX, la minería en el Ecuador atrajo el interés de compañías extranjeras -estadounidenses y europeas- que exploraron grandes yacimientos de minas de oro al inicio del siglo pasado.

Una de ellas de particular importancia para los precedentes de lo que se puede considerar como los inicios de la industrialización de la minería en el Ecuador, es el proyecto de explotación desarrollado por la compañía norteamericana South American Development Company SADco., que como lo señala la escritora Mariana Cortazar en su Obra El Oro de Portovelo (2005, pág.20) (...) afrontaría el reto histórico de explotar estas minas durante los primeros años del siglo XX., refiriéndose así, a quizá la más importante mina del cantón Portovelo, de la cual se obtuvieron grandes volúmenes de oro, en un país donde el concepto de minería responsable, ni el rol preponderante del Estado en cuanto al beneficio, control y regulación de la industria estaban presentes, dejando en el desamparo y protección del Estado a generaciones de trabajadores que explotaron dichas minas y perdiendo la oportunidad que el país pueda beneficiarse de dichos recursos.

A partir de las décadas de los años 70, 80 y 90 del siglo pasado, la región austral del Ecuador -en la actualidad comprenden las provincias de Azuay, Loja Zamora Chinchipe y el Oro- se consolidaron como ciudades mineras por excelencia y su población hoy en día continua vinculada a actividades de minería artesanal y de subsistencia principalmente.

Si bien es necesario resaltar la importancia de la minería en el Ecuador y el estrecho vínculo que ha tenido a lo largo de su historia, también es importante señalar el grave impacto que esta actividad ha generado en el ambiente y en la sociedad, como consecuencia de una mala explotación de minerales, explotaciones rústicas y carentes de técnica alguna -minería artesanal- que se ejecutó y ejecuta con total desprecio al medio ambiente, en desarmonía con el desarrollo de los pueblos donde se la desarrolla, como es el caso concreto de

Nambija en la provincia de Zamora Chinchipe, Portovelo en la provincia del Oro y Camilo Ponce Enríquez en la provincia de Azuay, por citar algunos ejemplos conocidos.

Estos casos no han pasados por aislados, sino todo lo contrario se han agudizado y se han extendido en la mayoría de lugares donde el control del Estado por mucho tiempo ha estado ausente y en la actualidad a pesar de haber mayor control estatal, todavía están presentes en varios lugares del Ecuador; por esta razón la percepción que existe de minería en algunos ecuatorianos con toda razón es negativa.

Luego de reproducir mentalmente, el triste escenario presentado sobre la minería en el Ecuador, es lógico pensar si frente a una experiencia negativa vale la pena volver a apostar a la explotación de minerales ¿?. El autor de este trabajo de titulación ¡está seguro!, por tres razones, a pesar que existen algunas razones más:

- i) El Ecuador no ha vivido o experimentado procesos de explotación a gran escala o minería responsable, únicamente en el país se ha desarrollado actividades mineras artesanales y hasta de pequeña minería, nunca que se pueda considerar a gran escala; los primeros intentos culminaron con la salida de la compañía minera SADC Co S.A., su frente de operación y labores mineras luego de su salida del país cayeron en manos de la Compañía Industrial Minera Asociada CIMA - compañía mixta, de capital público y privado- quienes no pudieron mantener procesos amigables con el ambiente y continuar con las actividades en el área, lo que ocasionó que el área manejada por ellos caiga en control de varios mineros artesanales que se encargaron de realizar el trabajo de manera poco responsable.

A diferencia de hoy en día, las compañías involucradas en realizar actividades de exploración, explotación y beneficio de sustancias

minerales a gran escala o pequeña minería, cuentan con la tecnología y los recursos para realizar actividades de manera amigable con la naturaleza, socialmente y corporativamente responsable con el Estado y con las comunidades de influencia de sus proyectos.

- ii) El Estado ha retomado el control en cuanto a la propiedad, administración y regulación de las actividades mineras a nivel nacional, a diferencia del pasado donde su presencia era totalmente invisible. Hoy el Estado se asegura de establecer al menos las condiciones mínimas para que las actividades mineras se realicen de manera sustentable, en armonía con la naturaleza, generando riqueza y desarrollo para el país; sin embargo estas condiciones resultan ser insuficientes frente a una industria y sociedad en constante evolución, las cuales requieren contar con un pilar fundamental adicional.
- iii) Este pilar fundamental, es precisamente el compromiso de los actores de los procesos de exploración y explotación, en desarrollar una actividad seria y responsable. Hoy en día bajo las teorías del garantismo, el sometimiento del Estado a los derechos y su tutela paso del terreno del poder administrativo y judicial -concepción tradicional- y se extendió a los particulares, con lo cual por razones de capacidad operativa, recursos económicos, conocimiento y sobre todo compromiso y seriedad los actores de industria juegan un papel importante que se extiende más allá del control del Estado, a un proceso de autocontrol y control de la propia comunidad local y de la sociedad en general

Con profundo convencimiento del compromiso del Estado, es necesario identificar los aspectos más importantes que enfrenta el desarrollo de las actividades mineras bajo el actual régimen legal, con la finalidad de conocer el alcance de cada una de sus obligaciones y el grado de protección que dicho derecho requiere. En este contexto la legislación minera actual ha dado los

primeros pasos y nos encontramos frente a lineamientos claros por parte del Estado, en el campo ambiental, económico y legal, los cuales guardan su grado de complejidad y requieren del soporte de los particulares para llegar a cumplir sus objetivos.

2.2 Breve análisis Ley de Minería.

Con la finalidad de identificar los aspectos mas importantes y sensibles del actual régimen legal minero, es imprescindible realizar un análisis de la actual Ley de Minería (Ley S/N) la cual entró en vigencia el 29 de enero de 2009 mediante su publicación en Registro Oficial Suplemento No. 517. En esta misma fecha se derogó la anterior Ley de Minería (Ley 126) de 31 de mayo de 1991, sus reglamentos y el Decreto Ley 2000 (Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana de 18 de agosto de 2000, que reformó la Ley 126 y sus reglamentos de aplicación).

Es importante señalar que la Ley 126, a la que muchos críticos y principalmente políticos la han tachado como un instrumento neoliberal, tuvo algunos aciertos en su vida útil como haber permitido que exista y fluya la inversión en exploración en el país, esto sin duda es algo de resaltar, toda vez como se conoce en el mercado de las industrias extractivas, la inversión en minería es una inversión de alto riesgo y escasa a nivel mundial.

De igual manera esta ley permitió que dentro de la inversión en exploración existente en el país, se descubrieran los yacimientos y depósitos de minerales hasta ahora más importantes que tiene el Ecuador, los cuales se encuentran ad portas de ser explotados y han permitido que la zona sur oriente del Ecuador se altamente atractiva en recursos a ser explorados y en potenciales reservas a ser explotados. Estos recursos el gobierno por sus dimensiones y representatividad en ingresos los ha llamado como proyectos estratégicos y son seis y están en manos de inversionistas chinos y canadienses principalmente.



De igual forma se debe señalar que la Ley 126, fue poco estricta en el control de las actividades realizadas, lo cual permitió que se dieran procesos de especulación de concesiones y se desarrollaran las actividades con poco control de las autoridades y poca rigurosidad en las prácticas ambientales y sociales.

Frente a las mencionadas consideraciones el Gobierno actual a través de sus asambleístas constituyentes, con la finalidad de asumir el control del sector minero promovieron y promulgaron el Mandato Constituyente No. 6, conocido también como Mandato Minero. El mencionado instrumento entre los principales efectos que produjo podemos señalar: que dicho instrumento provocó la extinción de más de la mitad de concesiones mineras que habían sido otorgadas bajo la Ley 126, sin compensación alguna y sin permitir en

algunos caso ejercer a sus titulares el derecho a la defensa, en franca contradicción de las garantías que promulga la actual Constitución de Montecristi que se encontraba ya vigente a esas fechas, así como también suspendió la as actividades de todas las concesiones que se encontraban en exploración y declaró la moratoria minera en el otorgamiento de nuevas concesiones.

El mandato minero hasta la presente fecha se podría considerar como el más grave error del actual Gobierno en el área minera. Para la industria la promulgación de dicho instrumento significó un precedente de inseguridad jurídica funesto para el país, del que todavía aún muchas empresas no se ha logrado recuperar y dejó marcado un clima de incertidumbre en cuanto a nuevas inversiones en el país.

2.2.1 Aspectos generales del derecho minero.

A partir de enero de 2009 entró en vigencia la actual Ley de Minería, y esto ha permitido a la industria minera recuperarse lentamente del impacto que ocasionó el mandato minero. Las inversiones y el interés de invertir en minería en Ecuador es receloso aún, si bien no han habido inversiones nuevas, hay que señalar que las inversiones foráneas se mantienen atentas del comportamiento de la industria, en cuanto al avance de los proyectos estratégicos.

Han transcurrido algo más de 3 años desde que se promulgó la actual Ley de Minería y únicamente se ha suscrito un solo Contrato de Explotación, el cual no fue tampoco el mejor precedente para la industria en razón de las condiciones contractuales aceptadas en ese momento. Por otro lado las compañías cuyos derechos mineros sobrevivieron al mandato minero, adecuaron sus derechos al actual régimen y en la actualidad se enfrentan a los vacíos, inconsistencias y obstáculos que plantea el actual régimen legal minero en el desarrollo de los derechos mineros.

Sin embargo de todos estos inconvenientes, actualmente las compañías mineras responsables que han apostado en el Ecuador, mantienen su compromiso de hacer bien las cosas, más allá de los vacíos y limitado régimen legal minero.

Bajo estas consideraciones, para poder realizar bien las tareas y de alguna manera asegurar el compromiso por construir una minería responsable, con prácticas sustentables, comunicación transparente y respeto a las normas vigentes, es necesario conocer en detalle la actual Ley de Minería.

2.2.1.1 Propiedad sobre los recursos naturales.

De acuerdo a la actual Constitución (CR) los recursos naturales no renovables, son de propiedad del Estado y pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Art. 1, 317 y 408). Dichos recursos están bajo su competencia exclusiva (Art.261) por ser considerados como un sector estratégico de decisión y control exclusivo, por su transcendencia e influencia económica social, política y ambiental (Art.313). En este sentido la carta magna establece textualmente así la titularidad de los recursos naturales no renovables:

Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La propiedad del Estado es ratificada por la Ley de Minería (LM) señalando su dominio que posee sobre los minerales y yacimientos, los cuales serán

ejercidos independientemente del derecho de propiedad sobre los terrenos superficiales que cubren las minas y yacimientos (Art. 16 LM).

Art. 16.- Dominio del Estado sobre minas y yacimientos: Son de propiedad inalienable, imprescriptible, inembargable e irrenunciable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial. El dominio del Estado sobre el subsuelo se ejercerá con independencia del derecho de propiedad sobre los terrenos superficiales que cubren las minas y yacimientos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La explotación de los recursos naturales y el ejercicio de los derechos mineros se ceñirán a los principios del desarrollo sustentable y sostenible, de la protección y conservación del medio ambiente y de la participación y responsabilidad social, debiendo respetar el patrimonio natural y cultural de las zonas explotadas. Su exploración y explotación racional se realizará en función de los intereses nacionales, por personas naturales o jurídicas, empresas públicas, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras, otorgándoles derechos mineros, de conformidad con esta ley.

La exploración y explotación de los recursos mineros estará basada en una estrategia de sostenibilidad ambiental pública que priorizará la fiscalización, contraloría, regulación y prevención de la contaminación y remediación ambiental, así como el fomento de la participación social y la veeduría ciudadana.

Tanto la explotación directa cuanto las subastas destinadas a concesiones mineras, se realizarán únicamente en las áreas definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, en su componente de Ordenamiento Territorial.

Bajo esta afirmación resulta evidente que la legislación minera advierte la distinción que existe entre la titularidad de derechos superficiares sobre la tierra que puede recaer en el Estado o los particulares y la propiedad sobre los derechos subterráneos sobre los minerales y recursos que únicamente pueden recaer de manera exclusiva en el Estado.

Esta diferenciación en la propiedad superficial y subterránea se remonta al Derecho Castellano, específicamente en el Derecho Indiano al que fueron sometidas las colonias españolas en América, las cuales para su explotación pagaban al Rey una compensación por su autorización, de este hecho se originó la figura del pago de *regalías*. En otros países como Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica la propiedad del subsuelo es accesoria al suelo y por ende los recursos que puedan existir en el subsuelo son accesorios a la propiedad o al derecho superficial.

2.2.1.2. Naturaleza del derecho minero.

Conforme la actual LM, la naturaleza del derecho minero se modificó sustancialmente, paso de ser considerado como un derecho real concebido así por la Ley 126 donde las causales de extinción eran solo tres, a ser un derecho de naturaleza personal, contenido en un título de concesión, en un contrato de explotación, licencias, permisos y otras autorizaciones (Art. 17 LM). Su titularidad es asumida previa calificación de idoneidad conforme las exigencias de el Estado (Art. 18 LM). Dichos derechos dentro de su desarrollo son susceptibles de muchas causas de extinción, algunas de ellas sujetas a la discrecionalidad de la autoridad de control (Art. 108-117 LM).

Si bien el derecho minero ahora es un derecho de naturaleza personal, la realidad práctica es distinta, se ha tratado al derecho minero como un derecho real con características similares al derecho inmobiliario, convirtiéndolo en una suerte de derecho híbrido. Ahora este derecho personal es sujeto de gravámenes como la servidumbre (Art. 100-105 LM), de prenda (Art. 30, 129

LM), al punto que las construcciones realizadas dentro de una concesión minera se consideran como accesorios (Art. 30 LM).

Es conocido que en la gran mayoría de países donde existen actividades mineras, el derecho minero es considerado como de naturaleza real, éste siempre ha sido desde sus orígenes, como lo señala el especialista en derecho minero ecuatoriano Cesar Zumarraga Ramírez haciendo relación a una posible modificación de la Ley de Minería en la que se modifique la naturaleza de derecho personal a la naturaleza que siempre fue, la de “Un derecho de naturaleza real, desde la leyes de Teodosiano hace dos mil años recogidas en las Partidas de Justiniano que los abogados conocemos (...)” (Congreso de Derecho Minero, 2012).

Si bien la discusión sobre la coexistencia de esta mixtura de naturalezas del derecho minero, no ha trascendido de un reducido espacio de académicos del derecho minero, es un problema a tenerlo presente y no perderlo de vista, ya que este problema únicamente será considerado o saltará al análisis, el momento que surjan controversias o cuando los proyectos requieran de financiamiento y el alcance de la titularidad del derecho minero sea discutido.

2.2.1.3. Concesión minera, estructura y derechos conexos.

Como se ha señalado el Estado es el propietario absoluto de todos los recursos existentes en el subsuelo y de acuerdo a la LM la de manera excepcional puede delegar la participación a particulares, a través del otorgamiento de concesiones mineras, que son un acto administrativo que goza de particularidades propias y derechos específicos para su ejercicio como lo señala el Art. 30 de la Ley de Minería (Ley de Minería, 2009):

Art. 30.- Concesiones mineras.- 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.

La inscripción de la transferencia del título minero será autorizada por la Agencia de Regulación y Control Minero una vez que reciba la comunicación de parte del concesionario informando la cesión de sus derechos mineros, de acuerdo al procedimiento y los requisitos establecidos en el reglamento general de esta ley. Dicho acto se perfeccionará con la inscripción en el Registro Minero previo el pago de un derecho de registro que corresponderá al uno por ciento del valor de la transacción.

El Estado, con los informes legales correspondientes autorizará la transferencia del título minero por lo menos luego de transcurridos dos años de su otorgamiento.

Se consideran accesorios a la concesión las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados permanentemente a la investigación y extracción de minerales, así como también a su beneficio.

El domicilio tributario y societario de los titulares de derechos mineros será la región donde se encuentre la concesión minera, la mayor superficie de la suma de ellas en el caso de concesionarios con títulos mineros en distintas provincias o el principal proyecto de explotación o industrialización. Esta obligación deberá acreditarse al momento de solicitar el otorgamiento de una concesión minera y no

podrá modificarse sin una autorización expresa de la Agencia de Regulación y Control Minero.

Las concesiones mineras tendrán un plazo de duración de 25 años que pueden ser renovados (Art. 36:LM), su dimensión no podrá exceder las 5.000 hectáreas mineras contiguas (Art. 35:LM). Su desarrollo se encuentra dividido en una etapa de exploración que a su vez se subdivide en un período de exploración inicial que dura 4 años, un período de exploración avanzada que también tiene una duración de 4 años y período de Evaluación Económica del Yacimiento que dura 2 años los cuales pueden ser prorrogados por 2 años más y finalmente cuenta con una etapa de explotación que se sujetará al plazo que se estipule en el Contrato de Explotación o de Prestación de Servicios según correspondan. Éstas son las únicas modalidades contractuales para explotar concesiones dentro del régimen general o de minería a gran escala (Art. 40, 41 LM).

En cuanto a los derechos conexos que se encuentran vinculados a la concesión minera podemos señalar varios a tener en cuenta. Éstos son necesarios para el ejercicio de sus derechos y resultan indispensables para el desarrollo de sus operaciones -algunos de ellos ya han sido mencionados-, entre lo más importantes podemos señalar: el derecho de constitución de servidumbre minera (Art. 100-105:LM) de naturaleza y características propias de un derecho real; el de concesión, uso o aprovechamiento de agua (Art. 61:LM), el de amparo administrativo (Art. 63:LM); el de comercialización de minerales (Art. 49-54:LM), el de procesamiento y beneficio de minerales (Art. 45-48:LM), entre otros.

2.2.1.4. Obligaciones concesión minera .

Como resulta lógico, la concesión minera al ser un derecho, lleva implícito la corresponsabilidad de estar sujeta al cumplimiento de varias obligaciones para su subsistencia, estas obligaciones se las puede clasificar en 3 principales

grupos: **i)** obligaciones de ejecución y mantenimiento, **ii)** obligaciones económicas; y, **iii)** obligaciones de protección.

2.2.1.4.1. Obligaciones de ejecución y mantenimiento.

El ejercicio del derecho minero y la ejecución de actividades mineras llevan implícitas varias obligaciones que deben ser atendidas por sus titulares, con la finalidad de ejecutar las actividades en apego a las regulaciones, con la finalidad de mantener vigente el estado de sus derechos y principalmente para demostrar al Estado su correcto cumplimiento.

Entre las obligaciones más importantes para con el Estado podemos señalar las siguientes:

Informes de Exploración.

Art. 38.- Presentación de informes de exploración.- Hasta el 31 de marzo de cada año y durante toda la vigencia de la etapa de exploración de la concesión minera, el concesionario deberá presentar al Ministerio Sectorial un informe anual de actividades e inversiones en exploración realizadas en el área de la concesión minera durante el año anterior y un plan de inversiones para el año en curso. Estos informes deberán presentarse debidamente auditado por un profesional certificado por la Agencia de Control y Regulación en los términos del Reglamento de Calificación de Recursos y Reservas Mineras.

En el caso que el concesionario no cumpla con el plan de inversiones antes señalado, podrá evitar la caducidad de su concesión minera mediante al pago de una compensación económica equivalente al monto de las inversiones no realizadas, siempre y cuando haya realizado inversiones equivalentes al

ochenta por ciento de dichas inversiones mínimas. El pago de esta compensación deberá acreditarse en el informe anual de las actividades e inversiones en exploración a que se refiere este artículo. Estos valores se verán reflejados en el balance general y en las declaraciones al Servicio de Rentas Internas.

El pago de la compensación establecida en el inciso anterior no exime al concesionario de la obligación de presentar el informe a que se refiere el presente artículo. (Ley de Minería, 2009)

De acuerdo con la norma todos los titulares de derechos mineros tienen la obligación de presentar al Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (MRNNR) hasta el 31 de marzo de cada año mientras se encuentre vigente la concesión minera, un informe anual de actividades e inversiones en exploración durante el año vencido y un plan de inversiones para el año en curso.

Esta obligación tiene como finalidad que el Estado compruebe las actividades realizadas por su titular durante el año vencido y determinar los montos que se ofrecen invertir en exploración para el año en curso; con esta obligación el Estado evita el acaparamiento de concesiones y fundamentalmente evita tener concesiones ociosas que sirvan para la especulación de áreas mineras.

Informe semestral de producción.

Art. 42.- Informe semestral de producción.- A partir de la explotación del yacimiento, los titulares de las concesiones mineras deberán presentar al Ministerio Sectorial de manera semestral con anterioridad al 15 de enero y al 15 de julio de cada año, informes auditados respecto de su producción en el semestre calendario anterior, de acuerdo con las guías técnicas que prepare la Agencia de Regulación y Control Minero.

Estos informes serán suscritos por el concesionario minero o su representante legal y por su asesor técnico, el que deberá acreditar su calidad de profesional en las ramas de geología y/o minería.

Las auditorías y verificaciones técnicas de tales informes serán realizadas por Universidades o Escuelas Politécnicas que cuenten con Facultades o Escuelas en Geología, Minas, Ciencias de la Tierra y/o Ambientales dotadas de suficiente capacidad técnica para realizar el informe, evaluación o comprobación; o profesionales y/o firmas certificados por la Agencia de Regulación y Control Minero.

Los costos que demande la intervención de las entidades que practiquen las evaluaciones serán de exclusiva cuenta del concesionario. (Ley de Minería, 2009)

Una vez que la concesión minera entre en producción, es decir cuando el titular de un área haya empezado a explotar efectivamente las reservas o recursos de la misma, debe presentar 2 informes semestrales cada año sobre su producción, uno el 15 de enero y el otro el 15 julio. Estos informes deberá dar cuenta de los montos y volúmenes de los recursos extraídos, su ley, inversiones realizadas, valores por concepto de regalías pagadas y otros elementos técnicos. Esta información deberá ser auditada con la finalidad de permitir al Estado llevar un registro de montos de producción, regalías obtenidas y productividad el área.

Informe semestrales de actividades plantas de beneficio.

Art. 47.- Informes semestrales.- Los titulares de plantas de beneficio, fundición y refinación, presentarán informes semestrales de sus actividades al Ministerio Sectorial, consignando la información requerida por la autoridad competente, conjuntamente con un resumen de las inversiones y trabajos realizados, la

producción obtenida y los resultados técnicos de la operación. (Ley de Minería, 2009)

De igual forma los titulares de plantas de beneficio están obligados a presentar informes semestrales al organismo de control y regulador de las actividades mineras, información relacionada con las inversiones y actividades realizadas en sus plantas, volúmenes procesados.

Informe semestral comercializadores sustancias minerales.

Art. 53.- Obligación de los comercializadores.- Son obligaciones de los comercializadores de sustancias minerales legalmente autorizados:

- a) Constituirse en agentes de retención sujetándose a las normas tributarias vigentes;
- b) Efectuar declaraciones en forma detallada, consignando todas las retenciones y deducciones realizadas; y,
- c) Enviar un informe semestral al Ministerio Sectorial sobre el origen, volumen y valor de sus compras; destino, volumen y valor de las ventas; retenciones efectuadas y cualquier información estadística que fuere requerida por el Ministerio Sectorial. Dichos informes serán remitidos en formularios simplificados que para el efecto elabore la Agencia de Regulación y Control Minero. (Ley de Minería, 2009)

Los titulares de licencias de comercialización que le otorga el derecho de comercialización de minerales, están obligados de manera semestral presentar al organismo de regulación y control un informe mediante el cual indica a la autoridad los volúmenes, procedencia, valores, destino, de los minerales comercializados.

Cambios de períodos y fases.

Art. 37.- Etapa de exploración de la concesión minera.- Una vez otorgada la concesión minera, su titular deberá realizar labores de exploración en el área de la concesión por un plazo de hasta cuatro años, lo que constituirá el período de exploración inicial.

No obstante, antes del vencimiento de dicho período de exploración inicial, el concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial que se le conceda otro período de hasta cuatro años para llevar adelante el período de exploración avanzada, en cuyo caso su solicitud deberá contener la renuncia expresa a una parte de la superficie de la extensión total de la concesión otorgada originalmente

El Ministerio Sectorial dará curso a esta solicitud siempre y cuando el concesionario minero hubiere cumplido con las actividades e inversiones mínimas en el área de la concesión minera durante el período de exploración inicial. Una vez recibida la solicitud indicada en los términos referidos anteriormente, el Ministerio Sectorial dictará una resolución administrativa declarando el inicio del período de exploración avanzada. Sin embargo, en caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente en el plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud, se producirá el silencio administrativo positivo. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente.

Una vez cumplido el período de exploración inicial o el período de exploración avanzada, según sea el caso, el concesionario minero tendrá un período de hasta dos años para realizar la evaluación económica del yacimiento y solicitar, antes de su vencimiento, el

inicio a la etapa de explotación y la correspondiente suscripción del Contrato de Explotación Minera, en los términos indicados en esta ley. El concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial la extensión del período de evaluación económica del yacimiento por un plazo de hasta dos años contados desde la fecha del acto administrativo que acoge dicha solicitud, debiendo el concesionario pagar la patente anual de conservación para el período de evaluación económica del yacimiento, aumentada en un 50 por ciento.

En caso que el concesionario minero no solicite dar inicio a la etapa de explotación en los términos antes indicados, la concesión minera se declarará extinguida por parte del Ministerio Sectorial. (Ley de Minería, 2009)

Art. 39.- Etapa de explotación de la concesión minera.-El concesionario minero tendrá derecho a solicitar al Ministerio Sectorial, durante la vigencia del período de evaluación económica del yacimiento. su paso a la etapa de explotación y la consiguiente suscripción del Contrato de Explotación Minera o del Contrato de Prestación de Servicios, según sea el caso, que lo faculte para ejercer los derechos inherentes a la preparación y desarrollo del yacimiento, así como también a la extracción, transporte, beneficio y comercialización de sus minerales.

Ningún concesionario minero podrá tener uno o más títulos que en su conjunto sumen un área superior a cinco mil hectáreas mineras a partir de la etapa de explotación. No obstante lo anterior, el reglamento general de esta ley establecerá los criterios técnicos para el establecimiento de áreas de protección de los proyectos mineros en etapa de explotación.

La solicitud indicada anteriormente deberá contener los requisitos mínimos previstos en esta ley, su reglamento general y a ella se deberá acompañar un informe debidamente auditado por un profesional certificado en los términos del Reglamento respectivo. Este informe deberá dar cuenta del pago de los derechos de trámite administrativo y las patentes de conservación que correspondieren, así como también de las actividades e inversiones mínimas en exploración exigidas por la ley.

El Ministerio Sectorial podrá solicitar al concesionario minero que en el plazo de treinta días, amplíe o complemente la información entregada en su solicitud. La información entregada por el concesionario minero tendrá la categoría de confidencial y no podrá ser utilizada o revelada a terceros salvo autorización escrita de su titular.

Una vez recibida la solicitud indicada en los términos referidos anteriormente, el Ministerio Sectorial dictará una resolución administrativa declarando el inicio a la etapa de explotación. Sin embargo, en caso de que el Ministerio Sectorial no dicte la resolución correspondiente en el plazo de 60 días desde la presentación de la solicitud o 30 días desde la presentación de los documentos que amplían o complementan la información entregada, se producirá el silencio administrativo positivo. El o los funcionarios que por cuya omisión haya operado el silencio administrativo serán responsables administrativa, civil o penalmente. En este caso el concesionario minero podrá acceder a la etapa de explotación directamente conforme al modelo de Contrato referido en el artículo 40 o 41 de esta ley, donde se acordarán los términos de la relación contractual.

No obstante lo anterior, en caso que como resultado de la evaluación económica del yacimiento el concesionario minero decida

no iniciar su construcción y montaje, tendrá derecho a solicitar, la suspensión del inicio de la etapa de explotación. Esta suspensión no podrá durar más de dos años contados desde la fecha del acto administrativo que acoge dicha solicitud y dará derecho al Estado a recibir una compensación económica equivalente a una remuneración básica unificada anual por cada hectárea minera concesionada, durante el período de vigencia de la suspensión.

En el caso que el concesionario minero no solicite dar inicio a la etapa de explotación o de suspensión en los términos antes indicados, la concesión minera se extinguirá (Ley de Minería, 2009)

Los titulares de concesiones mineras, de acuerdo al desarrollo de sus actividades y plazos determinados en la LM, deben solicitar oportunamente el cambio de períodos y fases para desarrollar su actividades de acorde a los requerimientos establecidos por el Estado. En el nuevo régimen legal minero el desarrollo de las actividades se ve supeditado al tiempo efectivo que un concesionario minero tiene para determinar la procedencia o factibilidad de explotación de una determinada área es por esta razón que la norma condiciona las etapas y períodos de la actividad a un número de años en los cuales a su vencimiento el concesionario si no salta a un período más avanzado puede perder los derechos sobre el área.

Conservación de hitos demarcatorios.

Art. 71.- Conservación de hitos demarcatorios.- Los titulares de concesiones mineras y permisos tienen la obligación de conservar los hitos demarcatorios, bajo sanción de multa que será establecida por el Ministerio Sectorial de acuerdo a las normas contenidas en el reglamento general de la presente ley. (Ley de Minería, 2009)

No está por demás que el nuevo régimen legal minero obliga al titular de concesiones mineras durante su vigencia conservar los hitos demarcatorios de

acuerdo a los vértices y coordenadas que constan en los respectivos títulos mineros, con la finalidad de delimitar la superficie de su concesión y evitar internarse o realizar actividades en concesión ajena.

Mantenimiento, acceso a registros e inspección de instalaciones.

Art. 73.- Mantenimiento y acceso a registros.- Los titulares de derechos mineros se encuentran obligados a:

- a) Mantener registros contables, financieros, técnicos, de empleo, datos estadísticos de producción, de avance de trabajo, consumo de materiales, energía, agua y otros que reflejen adecuadamente el desarrollo de sus operaciones; y,
- b) Facilitar el acceso de funcionarios debidamente autorizados por el Ministerio Sectorial y sus entidades adscritas a los libros y registros referidos en el literal anterior, a efecto de evaluar la actividad minera realizada.

Una vez que esta información sea entregada al Ministerio Sectorial, tendrá el carácter de pública en el marco que establece la normativa vigente. (Ley de Minería, 2009)

Los titulares de derechos mineros están obligados a transparentar y facilitar al Estado, registros contables, financieros, técnicos, de empleo, datos estadísticos de producción, materiales y otra información relacionado con sus operaciones, como también permitir a las autoridades de control inspeccionar sus operaciones, con la finalidad de transparentar su actividades y facilitar el control del Estado.

Contratación personal nacional y apoyo empleo local.

Art. 75.- Empleo de personal nacional.- Los titulares de derechos

mineros están obligados a emplear personal ecuatoriano en una proporción no menor del 80% para el desarrollo de sus operaciones mineras. En el porcentaje restante se preferirá al personal técnico especializado ecuatoriano, de no existir se contratará personal extranjero, el cual deberá cumplir con la legislación ecuatoriana vigente. (Ley de Minería, 2009)

Se constituye en obligación por parte de los concesionarios mineros - personas jurídicas- en contratar al menos el 80% de personal ecuatoriano, lo cual limita el número de expatriados que puede mantener en nómina al 20%. Si bien el apoyo al empleo local no es una obligación per se para los concesionarios mineros, el empleo de mano de obra de las zonas de influencia de los proyectos es considerado como una buena práctica empresarial.

Capacitación de personal.

Art. 76.- Capacitación de personal.- Los titulares de derechos mineros están obligados a mantener procesos y programas permanentes de entrenamiento y capacitación para su personal a todo nivel. Dichos programas deben ser comunicados periódicamente al Ministerio Sectorial. (Ley de Minería, 2009)

Los titulares de derechos mineros deben mantener procesos y programas permanentes de capacitación para su personal de trabajadores; estos programas deben ser a todo nivel y deben ser notificados al Ministerio de Relaciones.

Obtención servidumbres mineras.

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. (Ley de Minería, 2009)

Los titulares de concesiones mineras en caso de requerir el uso de concesiones o predios que no son sus titulares o propietarios para el desarrollo de sus operaciones, pueden constituir voluntariamente o solicitar al Estado se constituya forzosamente servidumbre mineras, las cuales se asemejan a la servidumbre civil y se adapta a las necesidades propias de la actividad minera (tránsito, acueducto, líneas férreas, aeródromos, andariveles, rampas, cintas transportadoras, entre otras).

Autorizaciones y registros.

La mayoría de derechos conexos relacionados con el ejercicio de los derechos mineros que tienen que ver con la disposición del derecho, como la obtención

de derechos nuevos, siempre requerirán de la autorización previa del Estado para su disposición, las cuales deberán ser siempre inscritos en los registros pertinentes.

2.2.1.4.2. Obligaciones económicas.

Las obligaciones de carácter económico, también conocidas como régimen económico, son también obligaciones de mantenimiento, sin embargo por su connotación e importancia para el Estado, el desarrollo del país y las comunidades de influencia, se las desarrollará en un acápite de diferente; entre las más importante señalamos las siguientes:

Pago de patentes de conservación.

Art. 34.- Patente de conservación para concesión.- Hasta, única y exclusivamente, el mes de marzo de cada año, los concesionarios mineros pagarán una patente anual de conservación por cada hectárea minera, la que comprenderá el año calendario en curso a la fecha del pago y se pagará de acuerdo con la escala indicada en el párrafo siguiente. En ningún caso, ni por vía administrativa o judicial, se otorgará prórroga para el pago de esta patente.

La patente de conservación desde el otorgamiento de la concesión hasta el 31 de diciembre del año en que venza el período de vigencia de exploración inicial, equivaldrá al 2,5 por ciento de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada. Esta patente de conservación se aumentará al 5 por ciento de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada para el período de exploración avanzada y el período de evaluación económica del yacimiento. Durante la etapa de explotación de la concesión minera, el concesionario deberá pagar una patente de conservación equivalente al 10 por ciento de

una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada.

El primer pago del valor de la patente de conservación deberá efectuarse dentro del término de treinta días, contados a partir de la fecha del otorgamiento del título minero y corresponderá al lapso de tiempo que transcurra entre la fecha de otorgamiento de la concesión y el 31 de diciembre de dicho año.

Se establece una patente anual de conservación para pequeña minería de dos (2) dólares de los Estados Unidos de América por hectárea minera durante la fase de exploración inicial. En la fase de exploración avanzada y de evaluación, de cuatro (4) dólares de los Estados Unidos de América por hectárea minera y en el período de explotación, por el área declarada en producción comercial, pagará diez (10) dólares de los Estados Unidos de América por cada hectárea minera. (Ley de Minería, 2009)

Como se ha señalado, al ser el Estado el propietario de los recursos del subsuelo y por esta razón está facultado a delegar a particulares la exploración y explotación de dichos recursos. Dicha delegación excepcional por parte del Estado a los concesionarios mineros, recibe a cambio a manera de contraprestación o retribución por el derecho a explorar o explotar concesiones mineras, el pago obligatorio de un rubro conocido como patente de conservación de minera.

Esta patente corresponde a un porcentaje señalado de manera definitiva -por la LM- del salario básico unificado (SBU), el cual es ajustado anualmente, con lo cual también se ajusta el valor de patente. El cumplimiento de esta obligación dentro del término perentorio fijado por la LM para realizar el pago es improrrogable, impostergable e insubsanable, cuya sanción es la caducidad y extinción del derecho minero.

Pago de regalías a la actividad minera.

Art. 92.- Regalías a la Actividad Minera.- El Estado, en cuanto propietario de los recursos naturales no renovables, tendrá derecho a recibir el pago de una regalía de parte de los concesionarios mineros que realizan labores de explotación, en consideración a lo dispuesto en este Capítulo.

Las regalías pagadas por los concesionarios se establecerán con base a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y de los minerales secundarios y serán pagadas semestralmente en los meses de marzo y septiembre de cada año. Los montos por concepto de regalías deberán estar debidamente reflejados en los informes semestrales de producción y en las declaraciones presentadas al Servicio de Rentas Internas. (Ley de Minería, 2009)

Art. 93.- Regalías a la explotación de minerales.- Los beneficios económicos para el Estado estarán sujetos a lo establecido en el artículo 408 de la Constitución de la República; es. decir, que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto no menor a los del concesionario que los explota.

Para este efecto el concesionario minero deberá pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, no menor al 5% sobre las ventas, adicional al pago correspondiente del 25% del impuesto a la renta, del 12% de las utilidades determinadas en esta Ley, del 70% del impuesto sobre los ingresos extraordinarios y del 12% del impuesto al valor agregado determinado en la normativa tributaria vigente.

La evasión del pago de regalías, será causal de caducidad, sin

perjuicio de los efectos civiles y penales a que diere lugar.

El 60% de la regalía será destinado para proyectos productivos y de desarrollo local sustentable a través de los gobiernos municipales, juntas parroquiales y, cuando el caso amerite, el 50% de este porcentaje a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales. Estos recursos serán distribuidos priorizando las necesidades de las comunidades que se encuentran en áreas de influencia afectadas directamente por la actividad minera.

Los titulares de derechos mineros de pequeña minería, pagarán por concepto de regalías, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los estándares del mercado internacional.

El porcentaje de regalía para la explotación de minerales no metálicos se calculará con base a los costos de producción.

El Reglamento de esta ley y el Contrato de Explotación Minera establecerán los parámetros para la aplicación del pago de regalías, así como también los requisitos para su distribución. (Ley de Minería, 2009)

El pago de regalías mineras es un aspecto relevante dentro de la actual LM, la participación del Estado en su beneficio, parte de un precepto constitucional (Art. 408: CR) que textualmente señala que (Constitución de la República “El estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota”).

Bajo este precepto los concesionarios mineros deben pagar al Estado un porcentaje establecido sobre la venta del mineral principal y de los minerales

secundarios, los cuales se pagarán semestralmente los meses de marzo y septiembre y deberán ser reflejados en los informes de actividades - obligaciones de mantenimiento- que se presentan a la autoridades de control.

Los rubros de regalías no podrán ser menor del 5% de las ventas de mineral para el caso de régimen general o minería a gran escala y del 3% para las concesiones que se encuentran dentro del régimen especial de pequeña minería. Las actividades mineras artesanales por ser una actividades de sustento familiar se encuentran exoneradas del pago de picho tributo

En cuanto a la distribución de los montos cancelados por concepto de regalías (ordinarios e ingresos extraordinarios), por mandato legal el 60% de los ingresos serán destinados a proyectos productivos y de desarrollo local en los sectores de influencia para lo cual el Estado conjuntamente con los Gobiernos Autónomos Descentralizado y Ecuador Estratégico están impulsando el desarrollo de las zonas de influencia y atendiendo poco a poco las necesidades insatisfechas de dichos sectores.

Se debe precisar que adicionalmente al pago de regalías mineras el concesionario debe incorporar a los rubros de la carga impositiva directa en la etapa de explotación los siguientes: i) el pago del 25% (IR), sobre base imponible, ii) el pago de utilidades 15%, iii) el pago del 70% impuesto sobre los ingresos extraordinarios, iv) el pago del 12% IVA, v) el pago del 2% de Impuesto a la Salida de Divisas (ISD), y; vi) el pago anual de patente de conservación por cada concesión.

De igual manera existen otros rubros que se incorporan a la carga impositiva indirecta a tener en cuenta: i) patente Jurídica Municipal (Societaria), ii) impuesto municipal del 1.5 por mil activos totales, iii) contribución anual correspondiente al 1 por mil de los activos reales SC, iv) impuesto predios rurales, fijados por los gobiernos seccionales, iv) tasas por el aprovechamiento y uso de agua, v) impuesto a las tierras rurales (SRI), vi) IVA (12%) a la

adquisición bienes muebles y servicios prestados, vii) tributos a la importación de bienes, y; viii) pago del 3% de utilidades a trabajadores.

Finalmente todos los rubros señalados como cargas impositivas, el desarrollo de actividades mineras incluyen ciertos pagos como tasas administrativas para la obtención y ejercicio de los derechos mineros conexos, el pago de inscripciones en los registros pertinentes, compensaciones por constitución de servidumbres o pago de arrendamiento de predios, entre los más importantes.

2.2.1.4.3. Obligaciones de protección.

La ejecución de programas de exploración y explotación minera tiene un componente de impacto provocado, el cual es directamente proporcional a la magnitud de las actividades que se realicen. Estos impactos por obvias razones requieren de un tratamiento especial que vaya más allá de los niveles de aceptación o estándares mínimos establecidos en la legislación vigente. A continuación varias actividades y acciones que deben ser tomadas en cuenta con particular atención:

Áreas mineras especiales (Art. 24:LM y Art. 407: CR).

La actual constitución establece que no se podrán realizar actividades extractivas en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles; de manera excepcional se podría realizar actividades en dichas áreas, en función del interés y necesidad del Estado, para lo cual esta autorización debe ser solicitada por el Presidente y obtener la declaración como interés nacional por parte de la Asamblea Nacional.

Preservación del medio ambiente (Art. 70, 78-86:LM).

En relación al cuidado del medio ambiente en el desarrollo de actividades mineras bajo los lineamientos de la actual Constitución y de la Ley de Minería,

han incorporado una serie de derechos de protección de la naturaleza. Se resalta la aplicación del principio de precaución -no es necesario contar con evidencia científica frente a la prevención de la existencia de pasivos ambientales-. Se ha establecido el concepto de responsabilidad ambiental objetiva y la responsabilidad solidaria de los funcionarios por omisión en el control de daños ambientales, lo cual ha generado un régimen ambiental bastante complejo, el cual depende del compromiso que impriman los particulares para la ejecución de sus actividades de exploración o explotación minera. Es preciso señalar que el marco legal es rígido, complicado, pero no imposible de cumplir.

Para este efecto la legislación minera ha establecido algunos requisitos previos para desarrollar actividades mineras:

- A. Contar con Licencia Ambiental, que contenga estudio de impacto ambiental de las actividades a desarrollarse, como un plan de manejo ambiental que describa las actividades y proceso para remediar los impactos provocados por las actividades ejecutadas, el mismo que debe ser cuantificado y garantizado su cumplimiento mediante póliza o seguro.
- B. Contar con autorización administrativa de la autoridad única del agua, en la cual se confiera la autorización para emplear agua en las actividades mineras. El recurso hídrico empleado debe ser procesado y reutilizado previo a su devolución al cauce original del río o cuenca o vertiente donde fueron tomados.
- C. Contar con programas técnicos para el manejo de residuos, como desechos, material de relaves, escombros o cualquier material que sea producto de las actividades de exploración y explotación, con la finalidad de evitar la contaminación del suelo, agua, aire.

- D. Ejecutar las actividades programadas de exploración o explotación en armonía con la naturaleza, lo cual implica la conservación del a flora y la fauna y la protección de los ecosistemas.
- E. Contar con un plan de inversiones destinados al cierre de operaciones mineras.
- F. Contar con estudios de diagnóstico arqueológico y autorización administrativa para realizar actividades mineras dentro de la concesiones por parte del Instituto Nacional de Patrimonio Cultural.

Amparos administrativos y denuncias de explotación ilícita (Art. 56, 62-66:LM).

Dentro de los derechos conexos al derecho de concesión minera, los titulares tienen en derecho de solicitar la tutela de dichos derechos al Estado mediante una demanda de amparo administrativo, denuncia de internación o explotación ilícita de minería, frente a cometimiento de actividades que atenten contra la naturaleza o perturben la ejecución de cualquier manera el desarrollo de actividades. Ésta acción es independiente de la acción popular para denunciar actividades que atenten contra la naturaleza y la sociedad, conferida por la CR.

Laborales, trabajo y seguridad (Art.67-69).

En cuanto a las relaciones laborales, el titular de concesiones mineras debe asumir la responsabilidad total por las mismas, las cuales comprenden asuntos de seguridad social, seguridad e higiene minera industrial, pago de utilidades a los trabajadores (3% régimen general o gran escala y 10% en el régimen de pequeña minería). Está prohibida el empleo de menores de edad en el desarrollo de actividades mineras.

Gestión social y participación de la comunidad (Art. 87-90:LM).

Si bien la responsabilidad de la gestión social y participación de la comunidad le corresponde al Estado, la participación activa y responsable del concesionario minero es fundamental para su cumplimiento. Los procesos de participación de la comunidad tiene 2 posibilidades o escenarios: i) los procesos de difusión y participación que se realiza a zonas de influencia de los proyectos, los cuales se deberán realizar en apego a las normas constitucionales del caso.

En éste proceso en caso de haberse obtenido resultados negativos por parte de la mayoría de consultados, será decisión del Estado tomar la decisión acerca del desarrollo del proyecto, ii) procesos de participación y consulta a pueblos y comunidades indígenas o ancestrales. Este proceso es más complejo, ya que por la naturaleza de las personas consultadas no solo se debe consultar, sino que se debe obtener su consentimiento y la consulta se debe realizar de acuerdo a su propios procesos de toma de decisiones.

Los temas de consulta a las comunidades es más que una consulta sino que se trata de un consentimiento previo, el ejercicio de este derecho es bastante complejo considerando que la mayoría de concesiones mineras y petroleras en este país han sido otorgados sin haber cumplido con este requisito indispensable para el cumplimiento del marco regulatorio y consecuentemente del Buen Vivir.

Los temas relacionado con consulta por parte del Estado ha estado siempre presente en marco administrativo y orgánico del Estado, tanto en la Constitución de 1998 como en la Constitución de 2008 se incorporaron al derecho interno el derecho a la consulta como un mecanismo de garantía de derechos colectivos y de participación democrática.

En este sentido ambas Constituciones establecen 3 tipos de consulta: **i)** la

consulta a pueblos indígenas -conocida en el derecho internacional como la consulta previa, libre e informada- como el derecho a ser consultados sobre el desarrollo de planes y proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; **ii)** la consulta a la comunidad como un derecho de participación a ser consultados respecto a toda decisión estatal que podría afectar el medio ambiente; y finalmente, **iii)** la consulta popular como un derecho de participación general.

Considero que los debates referentes a consulta no se han agotado, se encuentran en constante desarrollo y evolución y es una tarea pendiente del Estado y en este sentido es necesario puntualizar que la responsabilidad de ejecutar y garantizar el cumplimiento de los derechos de consulta recae en el Estado y bajo ningún concepto puede ser delegada a terceros el ejecutar o garantizar tal derecho. No resulta procedente pretender imputar la responsabilidad respecto del derecho a consultas y consentimientos de pueblos indígenas a los concesionarios mineras, ya que esta responsabilidad recae única y exclusivamente en el Estado.

En este sentido la jurisprudencia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Fundamentales ha tratado este tema y lo ha desarrollado ampliamente en las últimas décadas, reconociendo y tutelando los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Hace unos meses atrás la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, se pronunció sobre el caso del Pueblo Indígena Kichwa Sarayaku en contra del Estado ecuatoriano, responsabilizándolo precisamente por la violación del derecho de consulta a los pueblos indígenas.

Al respecto la Corte IDH, se pronunció así:

187. Es necesario enfatizar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado²⁴⁸, por lo que la planificación y

realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta²⁴⁹.

2.2.1.4.4. Extinción derechos mineros.

De acuerdo a la LM, los derechos mineros se extinguen por 3 razones: **i)** vencimiento del plazo, sea de la concesión o del derecho minero otorgado, **ii)** nulidad del título o del derecho minero otorgado, y; **iii)** por caducidad de la concesión o del derecho minero otorgado. En la actual LM a diferencia de la anterior ley (Ley 126), las causales de caducidad se incrementaron y algunas de ellas -su aplicación- se encuentran sujetas a la discrecionalidad de la autoridad de control. Los presupuestos que ocasionan la caducidad de las concesiones son los siguientes:

Falta de pago (Art. 110:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando sus titulares hayan dejado de pagar los valores correspondientes a patentes de conservación -dentro del plazo establecido para tal efecto-, regalías y otros tributos establecidos en la ley.

No presentar informes de exploración o no haber acreditado cumplimiento montos mínimo de inversiones (Art. 111:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando sus titulares no presentarán dentro del plazo pertinente el informe anual de exploración o no acreditaron el cumplimiento de al menos el 80% de la inversión ofrecida ejecutar.

No presentación informes de producción (Art. 112:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando sus titulares no presente dentro del plazo establecido bajo el artículo 42 de la LM, los informes auditados relacionados con su producción.

Explotación no autorizada y presentación informes con información Falsa (Art. 113:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando sus titulares realicen, directa o indirectamente, trabajos de explotación previo a la firma del correspondiente Contrato de Explotación Minera, caducará o cuando la información contenida en los informes de cumplimiento, contengan información falsa o maliosamente alterada.

Alteración maliciosa hitos demarcatorios (Art. 114:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, en caso de alteración maliciosa -debidamente comprobada- de los hitos de marcatorios de cada concesión.

Declaración de Daño Ambiental (Art. 115:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando el titular de dichas concesiones mineras, sea el responsable de ocasionar daños ambientales, sin perjuicio de la obligación del concesionario de remediar los daños ambientales causados.

Daño al Patrimonio Cultural del Ecuador (Art. 116:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando el titular de dichas concesiones mineras en caso que se compruebe –previo informe

técnico- que sus operaciones hayan ocasionado un daño grave, permanente o irreparable al patrimonio cultural del Estado.

Violación de los Derechos Humanos (Art. 117:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando el titular de la concesión minera, sus representantes o contratistas, sean los responsables de haber conculcado derechos fundamentales.

Contratación infantil (Art. 69:LM).

Las concesiones mineras se extinguen por caducidad, cuando el titular de la concesión minera, contrate o emplea a menores de edad.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES: BUENAS PRÁCTICAS APLICADAS A LA INDUSTRIA MINERA PARA ALCANZAR EL BUEN VIVIR.

Como es conocido la industria minera provoca cambios -impactos- en el ambiente y en la sociedad. En el ambiente puede ocasionar daños reversibles e irreversibles, de igual manera provocan cambios en la sociedad y en las matrices de vida de las comunidades de influencia de los proyectos. Estos cambios se dan en cualquier parte del mundo donde se desarrolle cualquier tipo de actividad productiva.

Con la finalidad de reducir al mínimo y en el mejor de los casos evitar el impacto que provocan las actividades mineras en la naturaleza y la sociedad, a continuación se resalta las áreas que se pueden considerar como las de mayor sensibilidad en los procesos de exploración y explotación de minerales bajo la actual Ley de Minería. Dichas áreas requieren una atención particular o la aplicación de políticas corporativas que las protejan. Estas áreas sensibles son todas aquellas en las que participan de manera directa el Estado, la naturaleza, las personas, pueblos y comunidades de influencia de los proyectos mineros.

Esta última parte no pretende ser un instructivo rígido de normas positivas de responsabilidad social empresarial o derecho ambiental sino un delineamiento (propuesta) inicial de puntos que deben ser considerados al momento de diseñar planes o programas de exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales, los cuales no deben ser perdidos de vista y estarán en constante desarrollo y los cuales tiene como finalidad promover una industria minera responsable.

Resulta interesante analizar el reto que plantea el desarrollo de la tan renombrada minería responsable, frente a un problema latente en la realidad jurídica del país. El amplio catálogo de derechos tutelados ha desbordado el

marco jurídico positivo ecuatoriano. Hoy las normas existentes no son suficientes para alcanzar el Buen Vivir, prueba de ello es la constante promulgación de reformas a la legislación principal y creación de normas secundarias cuyo contenido no son más que parches o soluciones paliativas a situaciones complejas.

A criterio del autor de este trabajo de titulación, esto se da no por una mala planificación legislativa o insuficiencia de un marco institucional, sino por algunos factores esenciales:

- i) El objetivo final que ha trazado el Estado es alcanzar el Buen Vivir o Sumak Kawsay, el cual tiene un significado extenso que va más allá de mera satisfacción de las necesidades y ha provocado el incremento de derechos tutelados.
- ii) En cuanto a la creación de normas positivas la regla general, ha sido que tales normas sean producto de conductas o comportamientos humanos que requieren ser regulados por el Estado.

Para ilustrar esta afirmación un ejemplo; en los últimos años se conoce una nueva modalidad de robo, que implica la retención momentánea de la persona con la finalidad de obtener de él todo el dinero posible ya sea de su cuentas bancarias o del dinero de sus familiares. Esta conducta que no se encontraba tipificada en la legislación ecuatoriana ha obligado al legislador incluirla como un conducta sanciona por el Estado en el ámbito del derecho público.

- iii) En el caso del Buen Vivir no hay conductas preexistentes que requieran ser reguladas, si no la expresión de la voluntad estatal enmarcado en el ámbito ius filosófico del deber ser. Encontramos el Buen Vivir como la tutela de derechos principales fundamentales a las personas y a la naturaleza, sin embargo en el campo de la praxis esa

tutela se limita únicamente a derechos de reconocimiento que deben ser complementados por todos las personas en el ámbito del derecho privado.

- iv) No habrá norma positiva que sea suficiente para garantizar el Buen Vivir, como hemos mencionado este ideal está en constante desarrollo y por tal razón requiere de similar tratamiento para ser garantizado, es decir la legislación debería estar en constante evolución y reinventándose todos los días.
- v) Dentro de la corriente del garantismo se prevé que hoy los ciudadanos sean los llamados a garantizar desde el ámbito de sus actividades personales, los derechos fundamentales, como son los derechos de la naturaleza. Hoy la tutela de los derechos ya no es una potestad exclusiva del derecho público y por ende del Estado, por su naturaleza y necesidad se ha extendido a los particulares y a las corporaciones privadas.

Frente a esta realidad el compromiso de las actores mineros ocupa un rol preponderante y son éstos los llamados a desarrollar sus programas de exploración, explotación y beneficio de sustancias minerales garantizando la protección de los derechos fundamentales.

Para cumplir con esta finalidad es necesario que las compañías pongan en práctica el compromiso para sentar las bases de la elaboración de ciertas políticas de cumplimiento diseñadas para atender cada una de las áreas sensibles que se enfrenta en el desarrollo de sus actividades.

Estas políticas deben ser discutidas, socializadas y aprobadas por sus órganos de administración y gobierno, con la finalidad que formen parte de la estructura del buen gobierno corporativo y sean aplicadas en cada una de las actividades que la compañía desarrolla.

3.1. La naturaleza.

Evidentemente este es el aspecto más sensible en razón de su amplio alcance de protección, aquí hablamos desde el levantamiento de línea base, el uso del agua y hasta el impacto de ruidos y paisajístico que puede enfrentar un proceso para lo cual hay que tener en cuenta principalmente:

- ❖ Identificar necesidad áreas a ser intervenidas para evitar afectaciones a terrenos no necesarios para el desarrollo de los proyectos.
- ❖ Levantar un inventario biótico, faunística, paisajístico de la zona, con la finalidad de identificar la vegetación, especies de la zona y condiciones actuales que se encuentran los ambientes a ser intervenidos.
- ❖ Establecer políticas de restricción de uso de sustancias químicas y aplicación de tecnología limpias en el desarrollo de proyectos.
- ❖ Diseñar planes de remediación ambiental que superen los lineamientos exigidos por la autoridad ambiental
- ❖ Armonizar programas de exploración y explotación con procedimientos y mecanismos amigables con la naturaleza.
- ❖ Implementar diseños de uso, aprovechamiento, tratamiento y recirculación de recursos hídricos.

3.2. Las personas y las comunidades de influencia de los proyectos.

Este aspecto está en segundo lugar, pero en la realidad es el más importante, es aspecto que ningún actor del industria –sean las compañías y el Estado- pueden descuidar, para su protección es necesario:

- ❖ Que las compañías titulares de derechos mineros identifiquen y delimiten los lugares de influencia directa e indirecta de los proyectos mineros.
- ❖ Que se realice previo al desarrollo de proyecto un censo en el cual se identifique el número de personas, comunidades, asentamientos, condiciones de vida actual, nivel de educación, condición física, lugar de origen y tiempo de permanencia en la zona, de manera general identificar como funciona su matriz de vida.
- ❖ Dependiendo de los resultados censales es necesario diseñar un plan de comunicación estratégica para la comunidad, con la finalidad de reducir temores e incertidumbres generados por la presencia de forasteros en sus terrenos. En la actualidad la comunicación clara y transparente permite aminorar la brecha existente entre las comunidades aledañas a los proyectos y las compañías operadoras.

Este punto es importante y fundamenta, toda vez que en base a una correcta aplicación de comunicación estratégica se ejecutar los mecanismo de difusión y participación establecidos en la Ley de manera más efectiva.

- ❖ En caso de existir zonas de influencia cuyos miembros se pertenezcan a pueblos indígenas y ancestrales, los proceso de participación son más complejo y se transforma en un proceso de consulta libre, informada y previa, donde ya el objetivo no es poner en conocimiento de la comunidad del proyecto, sino el objetivo es obtener el consentimiento respecto al desarrollo del proyecto. En caso de ser comunidades mestizas productos de asentamientos voluntarios, el proceso a realizarse es de difusión y participación general.

- ❖ De igual manera el censo mencionada arrojará información relacionada con la propiedad de los derechos superficiarios en la zona; frente a ésta información las compañías deben identificar y evaluar el interés o necesidad de los predios que sean indispensables para la ejecución de su proyectos, con lo cual será necesario diseñar un plan y políticas de adquisición de tierras que respete los DDHH de las comunidades en cuanto a los procesos de negociación, se establezcan programas reasentamientos voluntarios, que contengan formulas de evaluación de inventarios y compensaciones por desplazamientos económicos, que cuenten con programas de seguimiento y evaluación de condiciones de vida post adquisición.

- ❖ Observar derechos en todo momento derechos fundamentales y aplicar políticas de prevención.

- ❖ Finalmente respetar la naturaleza, cumplir con las obligaciones legales y aplicar en todo momento buenas prácticas corporativas.

CAPÍTULO IV

4.1. Referencias.

ÁVILA RAMIRO, El Neoconstitucionalismo transformador - El estado y el derecho en la Constitución de 2008 (Del estado de derecho al estado de Derechos), Primera Edición, Quito, Aby Ayala 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Washigton, OEA 2009.

CORREA RAFAEL, Discurso suscripción primer contrato de explotación minera, Presidencia de la República, Quito, marzo 2012.

CORTAZAR MARIANA, El Oro de Portovelo, 1ra Edición, Quito, MC Ediciones, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Contencioso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (Sentencia de Fondo y Reparaciones), CIDH, San José 2012.

EL UNIVERSO (Ecuador-2012), Gobierno pone fecha a ronda petrolera. URL: <http://www.eluniverso.com/2012/10/20/1/1355/gobierno-pone-fecha-ronda-petrolera.html>.

FALCONÍ FANDER, entrevista realizada en octubre de 2012 sobre el Cambio de Matriz Productiva, Revista Vistazo, Quito.

FERRAJOLI LUIGI, Derecho y razón - Teoría del garantismo penal, (Prólogo de Norberto Bobbio) 8va edición, Madrid, Trotta, 2007.

GUDYNAS EDUARDO, “Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivid después de Montecristi” 1ra Edición, Quito, Centro de Investigaciones Ciudad y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011.

MORRIS PASTOR, Ministerio de Recursos Naturales No Renovables - Informe de Gestión 2011, MRNNR , Quito 2011.

NACIONES UNIDAS, Resolución Asamblea General 55/2 Declaración del Milenio, Nueva York septiembre 2.000.

NACIONES UNIDAS, Informe Objetivos de desarrollo del Milenio 2012, Nueva York 2012.

NACIONES UNIDAS (México–2007), Reformas de las Naciones Unidas – Causas de la Reforma y Problemas a los que se enfrenta la ONU. URL: <http://www.cinu.org.mx/onu/reforma.htm>

NACIONES UNIDAS, Convención Macro Sobre Cambio Climático, Información Básica, URL: http://unfccc.int/portal_espanol/informacion_basica/items/6168.php

NACIONES UNIDAS, Foro Permanente para Cuestiones Indígenas, Una breve reseña histórica, URL: <http://social.un.org/index/indigenouses/Portada/Declaración.aspx>

NIEL MAÏTÉ, “El concepto del Buen Vivir”, Trabajo de Investigación Título de Experto en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional, UC3M, Madrid junio 2011.

LLEDO EMILIO, “Reflexiones sobre el concepto de buen vivir en la cultura occidental”, CIP-Ecosocial – Boletín ECOS No.11, abril-junio 2010.

PAZ Y MIÑO JUAN, entrevista realizada el 15 febrero de 2012 sobre la Historia de la Minería en Ecuador, Cámara de Minería, Quito.

REGISTRO OFICIAL, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial, Quito 2008.

REGISTRO OFICIAL, Ley de Minería, Registro Oficial, Quito 2009.

SANDOVAL FABIAN, La Pequeña Minería en el Ecuador – Artículo MMSD Mining, Minerals and Sustainable Development No. 75, Octubre de 2001.

SENPLADES, Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 (Versión Resumida), SEMPLADES, Quito 2009.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, revista de Derecho en homenaje post mortem a la profesora Marta Morineau, UNAM, México DF 2002.

ZUMARRAGA CESAR, Exposición 1er. Congreso de Derecho Minero – La naturaleza personal de los derechos mineros, Cámara de Minería del Ecuador, Mayo 2012.

4.2. Glosario de Términos.

Constitución Política de la República del Ecuador (1998).- Fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 5 de junio de 1998 y entró en vigencia en agosto del mismo año. La Constitución de 1998 mantuvo un equilibrio entre derechos y garantías, resaltando en su contenido el progreso en el reconocimiento y protección derechos humanos de tercera y cuarta generación, el reconocimiento y declaración como país multiétnico y pluricultural, el reconocimiento y protección a pueblos

indígenas y afroecuatorianos, el reconocimiento y protección al medio ambiente, entre otros. Estuvo vigente hasta el 28 de septiembre de 2008, fecha en que mediante referéndum fue aprobada la Constitución de la República del Ecuador, conocida también como la Constitución de Montecristi.

Derechos de Segunda Generación.- Están formados por los derechos de tipo colectivo, éstos son los Derechos Económicos y Culturales, los cuales surgen como resultado de la revolución industrial. Constituyen una obligación de hacer del Estado y son de satisfacción progresiva de acuerdo a las posibilidades económicas del mismo.

Derechos de Tercera generación.- Están formados por aquellos derechos de los pueblos o también conocidos como de solidaridad. Surgen en los últimos tiempos, como respuesta a la necesidad de cooperación entre las naciones, así como de los distintos grupos que las integran.

Edad de Piedra.- La Edad de Piedra o Lítica es un período de la Prehistoria que abarca desde que los seres humanos empezaron a elaborar herramientas de piedra hasta el descubrimiento y uso de metales. A este período le siguió el Calcolítico o Edad del Cobre y, sobre todo la Edad del Bronce, durante la cual, las herramientas de esta aleación llegaron a ser comunes; esta transición ocurrió entre 6.000 a.C. y 2.500 a.C.

IBEE.- El indicador de Bienestar Económico mide el nivel de satisfacción de la población en seis áreas esenciales: ingresos, salud, educación, infraestructura, trabajo y consumo, combinando datos objetivos y subjetivos. Cada uno de estos seis grupos de bienes es valorado a través de indicadores sencillos y fácilmente utilizables, que ponderados convenientemente, sitúan a las personas analizadas en una escala de 0 a 100.

IDH.- El indicador de Desarrollo Humano (IDH) es un indicador creado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) con el fin de determinar el nivel de desarrollo que tienen los países del mundo. Fue ideado con el objetivo de conocer, no sólo los ingresos económicos de las personas en un país, sino también para evaluar si el país aporta a sus ciudadanos un ambiente donde puedan desarrollar mejor o peor su proyecto y condiciones de vida.

Neoconstitucionalismo.- Si bien el Neoconstitucionalismo no es una reciente corriente constitucional, sus orígenes y desarrollo se remontan a épocas post segunda guerra mundial (1945), es necesario resaltar que en los últimos 20 años esta corriente ha trascendido de los libros y su discusión académica y se ha positivado en varios cuerpos legales.

Luigi Ferrajoli.- Abogado y filósofo del derecho de origen italiano, nació en Florencia el 6 de agosto de 1940, es uno de los principales teóricos del Garantismo Jurídico, autor de varias obras de trascendental importancia para el desarrollo del derecho moderno como Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales, Derecho y Razón (Teoría del Garantismo Penal), Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia, Democracia y Garantismo, Principia Iuris, entre otros.

Soft Law.- Conjunto de instrumentos jurídicos de carácter no vinculante que, sin embargo, aspiran a influir en la legislación vinculante indicando un camino al que se aspira llegar.

Edad de Piedra.- La Edad de Piedra o Lítica es un período de la Prehistoria que abarca desde que los seres humanos empezaron a elaborar herramientas de piedra hasta el descubrimiento y uso de metales. A este período le siguió el Calcolítico o Edad del Cobre y, sobre todo la Edad del Bronce, durante la cual, las herramientas de esta aleación llegaron a ser comunes; esta transición ocurrió entre 6.000 a.C. y 2.500 a.C.