



FACULTAD DE DERECHO

LA EJECUTABILIDAD DE LOS DELITOS MINEROS EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor Guía

Dr. César Aníbal Espinosa Garcés

Autor

Andrea Estefanía Bravo Galarraga

Año
2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

.....

Dr. César Espinosa Garcés

CC. 1706649546

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

.....

Andrea Estefanía Bravo Galarraga

CC. 1716385966

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres, por ser las personas que hicieron todo en la vida para que pudiera conseguir mis sueños; quienes con su gran esfuerzo y apoyo fomentaron la finalización de mi carrera, entregándome los cimientos para el desarrollo de mi vida y sobre todo extendiéndome su mano amiga como impulso de fortaleza y ejemplo en los momentos de debilidad. Sin ustedes no sería nadie.

A mi tutor de tesis, Dr. Cesar Aníbal Espinosa quien con sus conocimientos, experiencia, motivación y dedicación hizo posible la culminación de este trabajo. Más que un profesor ha sido un gran amigo y me atrevería a decir que casi un padre, estaré siempre muy reconocida por su apoyo.

A todas aquellas personas que han formado parte de mi vida profesional y personal, a las que me encantaría agradecerles su estímulo, ayuda, ánimo, amor, amistad, consejos y compañía.

Finalmente agradezco a Dios, mi guía de vida, por permitirme culminar esta etapa y bendecirme de innumerables maneras.

DEDICATORIA

Esta tesis se la dedico enteramente al angelito que Dios ha puesto en mi camino y que está por nacer, mi hija, por quien he decidido salir adelante, luchar y ser mejor cada día.

RESUMEN

Esta investigación se centra en analizar la posibilidad que tiene el Estado ecuatoriano para juzgar y sancionar los delitos mineros (explotación ilegal de minerales, comercio clandestino de sustancias minerales e invasión de áreas mineras) tipificados dentro de la Ley de Minería publicada en enero del año 2009, con la finalidad de determinar su aplicabilidad y eficacia, así como diagnosticar sus falencias y establecer una propuesta oportuna para el tema.

En la normativa detallada previamente, se concreta la posibilidad de ejecutar sanciones de tipo penal para dichas infracciones, sin delimitar sus parámetros de ejecución y contemplando exclusivamente penas administrativas que consisten básicamente en sanciones pecuniarias, lo cual hace por tanto imposible la ejecución de las resoluciones condenatorias debido a la falta de claridad en la ley. Adicionalmente se debe considerar que los ilícitos y sus sanciones, para ser considerados como tales, precisan *sin e qua non*, encontrarse tipificados en el Código Penal.

Para buscar aplicar alguna sanción frente a los ilícitos mineros, se desvía el proceso legal de la contravención establecida en la Ley de Minería y su Reglamento General, adecuando la infracción a un tipo penal que se encuentre efectivamente tipificado en el Código Penal, como es el caso de los delitos ambientales.

Por tanto, a fin de establecer los mecanismos idóneos para sancionar y delimitar el campo de actuación de las autoridades administrativas, analizaremos todos los componentes, actores, falencias y soluciones dentro del juzgamiento de los delitos mineros en nuestra legislación.

Palabras claves: delito, minería, infracción, penal.

ABSTRACT

This research analyzed the possibility of the Ecuadorian Government to prosecute and punished mining crimes (illegal exploitation of minerals, illegal trade of minerals and invasion of mining areas) stipulated at the Mining Law, in order to established their applicability and effectiveness as well as diagnose their weaknesses.

The Mining Law determines the possibility of executing criminal sanctions for mining rights violations, but it doesn't penalized and specifies the punishment at de criminal law, turning that into an ineffective way to condemn the infraction in this particular area. This is the reason why the Ecuadorian law exclusively applies administrative penalties which consist primarily of fines, thus making it impossible to execute convictions due to lack of clarity in the law.

Therefore, in order to establish the appropriate mechanisms to punish and delimit the field of action of the administrative authorities, we're gonna analyzed all components, actors and solutions in the prosecution of crimes in our mining legislation.

Keywords: mining crimes, applicability, penal effectiveness.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	5
1. ANTECEDENTES	5
1.1. Conceptos	5
1.1.1. Conceptos de Derecho	5
1.1.2. Concepto de Minería	6
1.2. Antecedentes Históricos	8
1.2.1. Renacimiento minero-metalúrgico	9
1.2.2. Desarrollo de la Actividad Minera	11
1.2.3. Dominio de las Minas en el Derecho Anglosajón.....	13
1.2.4. Breve reseña histórica de la minería en el Ecuador.	15
1.2.5. Desarrollo sustentable de la actividad minera en el país.....	17
1.3. Antecedentes Normativos	22
1.3.1. Cambios fundamentales en la Legislación de Minería en el Ecuador.	22
1.4. Análisis Constitucional de la propiedad Imprescriptible, Inalienable e Inembargable del Estado sobre los recursos mineros 24	
1.4.1. Propiedad imprescriptible	25
1.4.2. Propiedad inalienable	26
1.4.3. Propiedad inembargable.....	27
CAPÍTULO II	28

2. DERECHOS DE LAS PERSONAS SOBRE LOS RECURSOS MINEROS.....	28
2.1. La Concesión.	28
2.2. Concesión Minera	29
2.2.1. Patente de conservación de concesión:	34
2.2.2. Fase en la Concesión Minera.	35
2.3. Contrato de prestación de servicios.....	36
2.4. Contrato de explotación.....	38
2.4.1. Fases Mineras incluidas en el Contrato de Explotación	41
2.5. Relación del contrato de explotación minera y el contrato de prestación de servicios, en función de la Ley de Minería y su Reglamento General.....	41
2.5.1. Marco Legal Aplicable	43
2.5.2. Autoridades Mineras.....	43
2.5.3. Actos Administrativos Previos.....	44
2.5.4. Obligaciones Laborales	45
2.5.5. Participación en los Beneficios	47
CAPÍTULO III	48
3. DELITOS MINEROS	48
3.1. Elementos jurídicos del delito	50
3.2. Los sujetos del delito penal	52
3.2.1. Sujeto Activo del delito minero.....	52
3.2.2. Sujeto Pasivo del delito minero.....	53

3.3. Código Orgánico Integral Penal.....	55
3.4. Delitos Mineros.....	56
3.4.1. Explotación ilegal de Minerales.....	56
3.4.2. Comercio Clandestino de Sustancias Minerales	57
3.4.3. Invasión minera	60
3.5. Delitos contra la Propiedad inmersos en el actual Código Penal	61
3.5.1. Usurpación	62
3.5.2. Robo y Hurto.....	64
3.5.3. Delitos Ambientales:.....	66
CAPITULO IV	68
4. GRADACION DE LA PENA	68
4.1. En la legislación ecuatoriana.....	76
4.2. En la ley de minería.....	77
4.2.1. Minerales metálicos	78
4.2.2. Minerales no metálicos.....	78
4.2.3. Materiales de construcción.....	80
4.2.4. Conclusión.....	82
4.3. Ejecución de las Sanciones Administrativas y Penales para condenar los ilícitos mineros.....	84
CAPÍTULO V	89
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	89

5.1. Conclusiones.....	89
5.2. Recomendaciones.....	91
REFERENCIA	95

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador el derecho minero como una rama relativamente nueva, ha logrado instaurarse gradualmente en la gestión del gobierno; la injerencia que tiene el sector minero en las diferentes materias como la salud, el ente forestal, el régimen del agua y el suelo, el resguardo de la biodiversidad, los hidrocarburos, entre otros, involucradas en la necesidad de su desarrollo constituyen el argumento que este proyecto investigativo ha presentado para su realización.

El rol que el derecho internacional figura en la implementación de normas para el cuidado en la explotación de recursos naturales no renovables ha sido crucial en los últimos periodos históricos, donde se ha desarrollado con mayor fuerza la concientización de varios Estados en la toma de decisiones que favorezcan al mejoramiento del entorno, con la idealización de revertir los efectos causados debido a la destrucción e impacto sobre el ambiente y a la práctica minera ilegal.

En la normativa Ecuatoriana, las medidas establecidas para la formación de un Derecho Minero se han introducido en los objetivos de las leyes, la gestión minera, la ejecución de políticas en minería y explotación de recursos no renovables, el manejo de planes de explotación minera, los procedimientos de evaluación de impactos mineros, la participación ciudadana en los procesos y sobre todo en la tipificación de infracciones y delitos mineros.

Desde otro enfoque, en la actual Constitución del Ecuador se han implantado entre sus preceptos los correspondientes al ejercicio de los derechos en atención y protección del medio ambiente, siguiendo en función de otorgar derechos a la Naturaleza en procura de semejarla a ser sujeto de protección por parte del Estado y de todos los ciudadanos, además de determinar a éstos como objetos cuya propiedad es Imprescriptible, Inalienable e Inembargable del Estado. Alrededor del estudio de sus estatutos se ha de analizar la Reforma a la Ley de Minería realizada el 10 de febrero del 2014, la misma que modificará

el segundo innumerado del artículo 138 y deroga el inciso tercero del artículo 26 de la presente ley que en esta se basan para su creación, así como los mecanismos de protección asignados para el tema en concreto.

La realización de este análisis conserva su enfoque en tres preceptos investigativos:

- Analizar la posibilidad que tiene el Estado ecuatoriano para juzgar los delitos mineros;
- El establecimiento de la responsabilidad objetiva por daños mineros;
- La imprescriptibilidad de las acciones legales para perseguir y sancionar los delitos mineros; y,
- La posible falta de un mecanismo idóneo y eficaz para sancionar a los delitos promulgados a través de la ley de minería.

Por tanto, la intención de esta investigación y su comparación con las distintas leyes, códigos y reglamentos, es concluir en la determinación y señalamiento de los posibles vacíos legales que se localicen en la aplicación general a la Ley de Minería. Especialmente se acentúa en la generación de normas que aporten al área minera desde la ejecución de las actividades, hasta la legislación y formalización de la minería y; que no choquen en contradicciones con sus leyes superiores.

Además al contrastar con leyes de otros Estados se hace permisible la ejemplificación de normativa que podría usarse en función de mejorar las leyes y reglamentos del Ecuador en el ámbito minero.

Durante la realización de este proyecto se empleará el análisis comparativo, la inducción en las variadas concepciones de la materia y la deducción de los objetivos y fines a alcanzar en el propósito investigativo. Al ser el tema en referencia diseñado mediante un análisis; éste como elemento fundamental aportará con una multiplicidad de valoraciones y enfoques que acerca de un texto se pueda tener, en este caso concreto, se considera la actividad minera, y, la implementación de leyes y reglamentos aplicables a sus operaciones.

Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador vigente ratifica lo estipulado en anteriores Cartas fundamentales, estableciendo la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado sobre los recursos naturales no renovables; idea cimentada en el principio de soberanía de los Estados sobre las sustancias naturales existentes en sus territorios.

Sobre esta base constitucional, toma una suprema importancia el análisis de los delitos mineros, pues los infractores no solamente ocasionan un perjuicio económico al Estado, sino también al titular del derecho real otorgado en base a una concesión minera, a la sociedad y al medio ambiente. Tal importancia se ve reducida debido a la falta de un mecanismo idóneo y eficaz que establezca no solo el acto punible, sino también el procedimiento y la sanción para cada delito, dentro del cual, sin duda se deberá establecer la gradación de la culpabilidad.

De esta manera, será imprescindible determinar los sistemas legales relativos tanto a la exploración y explotación minera a través de un sistema concesional como los procedimientos indispensables para su correcto desarrollo. Se establecerá además, el derecho de la concesionaria a exigir un resguardo ante la sustracción ilícita de minerales, así como a obtener un resarcimiento y una sanción de quienes vulneren sus derechos respaldados por la norma vigente.

Este derecho debe encontrarse resguardado por el cabal cumplimiento de las obligaciones técnicas, económicas, sociales y ambientales, mismas que representan garantía estatal y compromiso para los titulares de la concesión minera, debido a la notable cantidad de recursos científicos, tecnológicos, humanos y monetarios que éstas personas invierten, dentro de todo el proceso explorativo y extractivo.

Será igualmente objeto de análisis, el tratamiento jurídico que en la actualidad se concede a las infracciones mineras, cuando la Ley de Minería confiere a los Coordinadores de las Agencias Regionales de Regulación y Control Minero la calidad de "Jueces", contrariando las normas legales y constitucionales sobre los delitos, las penas y el proceso de juzgamiento.

Se deberá además analizar la validez y procedibilidad de la ejecución de los remates de maquinaria y producción incautados sin violentar la normativa, así como las demás sanciones administrativas que la Ley de Minería franquea a las autoridades mineras por ejemplo, se analizará el sustento que la legislación otorga para constituir y componer una vía punitiva eficaz.

Por tanto, a fin de establecer los mecanismos idóneos para sancionar y delimitar el campo de actuación de las autoridades administrativas, analizaremos todos los componentes, actores, falencias y soluciones dentro del juzgamiento de los delitos mineros en nuestra legislación.

CAPÍTULO I

1. ANTECEDENTES

1.1. Conceptos

1.1.1. Conceptos de Derecho

Distinguiendo las variadas definiciones que del Derecho se han diseñado, se conoce que Derecho es un conjunto de normas, reglas y disposiciones que se acumularon y formaron Códigos, Leyes y Reglamentos encargados de dirigir el comportamiento del hombre en sociedad (Garrido, 2011, p. 122).

Al repasar las significaciones etimológicas de la palabra derecho se concluye que deriva de la voz latín “directum”, que involucra la idea de algo recto; y de la raíz latina “ius”, de la cual sobreviene la justicia. Así es pues, que la noción de la palabra Derecho es que esta consiste en lo justo y lo recto.

Para Moreno (2011, p. 122), en general se entiende por Derecho, el conjunto de normas jurídicas, creadas por el Estado para regular la conducta externa de los hombres y en caso de incumplimiento está prevista de una sanción judicial.

Además Versalles (2010, p.23) menciona la siguiente definición sobre derecho:

“Derecho es el sistema de normas fundadas en principios éticos y susceptibles de sanción coercitiva, que regulan la organización de la de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella para augurar el consentimiento armónico de los fines individuales y colectivos”

El Derecho, de acuerdo con el sentido conceptual de Montero (2012, p. 122), alcanza todos los preceptos destinados a las normas positivas que se confiarán de dirigir los comportamientos de la sociedad. Estas reglas se encuentran codificadas y articuladas en cuerpos legales que se recurrirán como guía para el buen comportamiento y que está enfocada al cumplimiento de las leyes por parte de las personas como entes de acción sociales dentro de un grupo organizado determinado como sociedad.

Otra significación más descifrada y precisa es del Dr. Rodrigo Borja (2013, p. 59), quien manifiesta que derecho constituye:

“Un conjunto de reglas sociales obligatorias que rigen la vida un grupo humano y deleitan la esfera de acción dentro de la cual cada individuo puede ejercer sus facultades sin ser obstado por los demás. En tal sentido de Derecho se presenta como un sistema de reglas de conducta que establece una coordinación objetiva entre los actos de varios sujetos y que atribuye a cada uno de ellos una pretensión que los otros están obligados a satisfacer. Así se incluye una red de Obligaciones y Derechos recíprocos entre los miembros de la sociedad, en la cual todos alternan en el ejercicio de Deberes y Derechos.”

El Dr. Rodrigo Borja (2013, p. 59) enuncia que el derecho es, todo proceder de las personas en sociedad respetando las acciones de los otros, que son medidas sociales que están tuteladas a normar conductas, aplicar obligaciones y sanciones, adquirir derechos y obligaciones recíprocas entre entes sociales.

En síntesis el Derecho es la relación entre la equidad y justicia; en un conjunto de reglas de orden social con carácter exigente ante su cumplimiento en la sociedad por parte del hombre. El cual se encuentra normado o regido por cuerpos codificados que en su contenido tendrán normas llamadas leyes y que se basan en un ordenamiento jurídico.

1.1.2. Concepto de Minería

1.1.2.1. La mineralogía

Desde la concepción de Paterson & Miller (2011, p. 122) se menciona:

“(…) es la identificación de minerales y estudio de sus propiedades, origen y clasificación. Las propiedades de los minerales se estudian bajo las correspondientes subdivisiones: mineralogía química, mineralogía física y cristalografía. Las propiedades y clasificación de los minerales individuales, su localización, sus formas de aparición y sus usos corresponden a la mineralogía descriptiva. La identificación

en función de sus propiedades químicas, físicas y cristalográficas recibe el nombre de mineralogía determinativa”.

1.1.2.2. La minería

Paterson & Miller (2011, p. 136) se refieren a la minería como:

“Ciencia, técnicas y actividades que tienen que ver con el descubrimiento y la explotación de yacimientos minerales. Estrictamente hablando, el término se relaciona con los trabajos subterráneos encaminados al arranque y al tratamiento de una mina o la roca asociada”.

En la práctica, el término incluye las operaciones a cielo abierto, canteras, dragado aluvial y operaciones combinadas que incluyen el tratamiento y la transformación bajo tierra o en superficie. La minería es una de las actividades más antiguas de la humanidad, consiste en la obtención selectiva de minerales y otros materiales a partir de la corteza terrestre (Ministerio de Minas y Petróleos, glosario técnico, 2010, p. 106).

Casi desde el principio de la Edad de Piedra, hace 2,5 millones de años o más, viene siendo la principal fuente de materiales para la fabricación de herramientas. Se puede decir que la minería surgió cuando los predecesores del Homo sapiens empezaron a recuperar determinados tipos de rocas para tallarlas y fabricar herramientas. Al principio, implicaba simplemente la actividad, muy rudimentaria, de desenterrar el sílex u otras rocas. A medida que se vaciaban los yacimientos de la superficie, las excavaciones se hacían más profundas, hasta que empezó la minería subterránea. La minería de superficie se remonta a épocas mucho más antiguas que la agricultura (Ministerio de minas y petróleos, glosario técnico, 2010, p. 107).

1.1.2.3. La mina

Existen diversos conceptos de mina que pueden referenciarse pero dentro de los más representativos está el determinado por Coleman (2013, p. 77) que

menciona: “Es un depósito natural (distinto del artificial) donde se encuentran los minerales”

Dentro de la misma línea Lara (2013, p. 128) define: “Es un depósito natural de minerales susceptibles de explotación, ósea, con aptitud para ser explotables económicamente”

Por lo tanto, en términos generales se puede mencionar que la mina es un depósito natural de minerales (sustancias) que se encuentran en una gran cantidad, con características propias para ser explotadas.

1.2. Antecedentes Históricos

Se considera que el hombre ha sido minero, desde los inicios de la humanidad. Al principio; se dedicó a la recolección de fragmentos de rocas y materiales, que fueron utilizados para la realización de herramientas de caza o de armas para su defensa.

Con el desarrollo y especialización de la actividad; descubrió nuevas técnicas para la extracción de los minerales. Técnicas que con el paso del tiempo, fueron tratadas y consideradas de inmensa ayuda para su subsistencia.

Para Herrera (2012, p. 112), la prosperidad de la minería, data en Europa; desde la conquista cartaginesa y las tres invasiones siguientes, la fenicia en el siglo XI a.c., la celta en el siglo X a.c. y la griega en el siglo VI a.c. Mientras los fenicios perfeccionaron el uso del hierro, los griegos inculcaron el antiguo arte de la amonedación. Apenas se tiene noticias sobre las riquezas mineras y metalúrgicas de los pueblos de Europa; principalmente de la península Ibérica. Muchos lo consideran al nombrarlo como una fábula sobre las inmensas riquezas saqueadas de sur de Iberia, cambiadas por objetos sin valor. Los historiadores de aquella época; aseguran que los gobernadores romanos se llevaron a sus imperios grandes, cantidades de oro y plata obtenidas de los nuevos pueblos indígenas. (Saramago, 2010, p. 129).

Existen datos de conocimientos geológicos y de geometría subterránea en la época de la colonización romana a la península Ibérica, aproximadamente

entre el año 218 a.c. hasta principios del siglo V d.c; con modelos de pozos y galerías rudimentarios.

Montpellier (2010, p. 48) afirma que:

“(...) las minas perforadas por los romanos en Francia, España, Argelia y otros lugares de Europa, son tan profundas y bien realizadas que ni los mineros modernos, en referencia a su época, han logrado superarlos (...)”.

Extraordinariamente; estas perforaciones fueron realizadas con utensilios corrientes como picos, cinceles, mazos, barras, etc.; y se recogía lo obtenido, en sacos, cestas y cubos. En ciertos casos; era posible que se utilizaran tornos, ruedas hidráulicas y tornillos de Arquímedes o tornillos egipcios.

A su vez, la mecánica griega alcanzó un grado relativo de perfección usando máquinas simples y otros dispositivos, tales como pilares de sostén y métodos de torrefacción. Los mineros griegos y romanos, ya poseían nociones de prospección como sistemas de explotación minera.

1.2.1. Renacimiento minero-metalúrgico

Con relación al renacimiento minero-metalúrgico, Stliger (2012, p. 208) menciona en su obra “Corrientes de metal” el siguiente párrafo:

“Comenzaron a explotarse a mediados del siglo VIII; después de una etapa de decadencia minera en el siglo V; las minas de plomo y plata centroeuropeas. Así, se descubrieron las minas de Schemnitz en el año de 750; las de Goslar en el Harz en los años de 936 a 973; las de Freiberg, hacia 1170. Posteriormente; se crean en Europa escuelas de mineros con técnicas modernas utilizadas en metalurgia para esa época”.

Descubierta ya América en el año 1492; los metales conocidos por los isleños de Antillas eran el oro y una de sus aleaciones denominada guanín. No se tuvo

noción de su conocimiento de la Plata; y, se sabía que desconocían completamente el hierro y demás metales (Salgado, 2012, p. 265).

También los aborígenes mexicanos; conocieron y trataron metales como oro, plata, cobre, estaño, bronce y plomo; ya que se pensaba, que carecían de acero y hierro, los artefactos que utilizaron los realizaban con los materiales antes nombrados. Sin embargo hay indicios de minas de hierro (hematita y pirita) de donde obtenían material para la confección de algunos instrumentos. Conocían y trabajaban en dos clases de cobre: blando o medio puro y duro que contenía estaño. Utilizaron el blando en la elaboración de vasos, vajilla, vasijas, lebrillos, entre otros., mientras que el duro en hachas, cinceles, azadas y otros instrumentos agrícolas.

Dentro de este sentido Sangurima y Blanco (2011, p. 349) mencionan:

“Los aborígenes de Colombia y Panamá, apenas conocieron y trataron otros metales adicionales al oro y al cobre; tuvieron nociones del guanín proveniente de las islas del Caribe, Venezuela y Guayanas; y, aunque poseían algunos objetos de plata no, trabajaban con este metal, estos procedieron de México, Perú y Bolivia. Igualmente desconocían el plomo, el estaño y el bronce. Algunos indígenas procedentes de la región de Chocó en Colombia y de Esmeraldas en Ecuador; conocieron y trabajaron el platino, el cual obtenían de las arenas de los ríos, como una aleación de platino con oro argentífero. En los territorios actuales de Perú, Bolivia, Ecuador, el norte de Chile y el noreste de Argentina se encontraron mayor número de metales tratados como: el oro, la plata y el cobre en mayor grado; estaño y plomo en menor cantidad; de igual manera, algunas aleaciones como la de oro y cobre en las costas del Perú y Ecuador. No se tuvo indicios que prueben que conocieron el arte de la amalgamación, el único hallazgo de mercurio metálico sucedió en la ciudad Maya de Guatemala en un vasija de Copán, en la que se encontró un poco de cinabrio y unas onzas de mercurio como muestra de esta práctica”.

Es pertinente destacar que en Perú, Bolivia, Ecuador y Chile; se efectuaba la fundición de metales, generalmente de plata en hornos denominados guairas, de donde salía el metal y se lo sometía a una nueva fusión, con el objeto de afinarlo; para ser vaciados en moldes de arcilla, piedra, arena o yeso en ciertos casos; de los que, se extraían los metales procesados en joyas ya listos (Cajamarca, 2012, p. 172).

En la actualidad; la minería ha evolucionado con los años, convirtiéndose en una actividad que se la realiza con fines de lucro y no como una necesidad para la subsistencia del hombre; pues, si bien es cierto que muchos de los instrumentos que se utilizan para el diario vivir están realizados con materiales obtenidos de la minería, estos mismos instrumentos no son indispensables; por lo que, la explotación debe ser regulada para evitar posibles impactos ambientales negativos sobre la naturaleza.

1.2.2. Desarrollo de la Actividad Minera

Lara (2011, p. 328), señala que la actividad minera; vincula al hombre con la naturaleza, integrándolo en el proceso de obtención de los minerales. Es considerado el conjunto de operaciones, trabajos o labores destinadas a la preparación del yacimiento. Esta actividad se realiza con fines de extracción, por lo que se hace necesario desarrollarla para que su aprovechamiento sea racional y equitativo.

Para un mayor referente histórico es oportuno mencionar a Galeano (1971, p. 157) en su obra “Las venas abiertas de América Latina” que manifiesta:

“La actividad se desarrolla en todos los países de la región desde la colonización española; se puede decir, que uno de los países pioneros en esta labor fue Bolivia. Su instrucción minera data de 1545, logrando constituir por décadas al “Cerro Rico de Potosí” como el yacimiento de minerales de plata más importante a nivel mundial. En el año 1650; quiebra la producción de mercurio en Huancavelica Perú, lo que arrastra a la crisis minera a Bolivia resultando en una depresión económica general para la región. A mediados del siglo XIX; se

incentiva nuevamente las principales minas en Bolivia, debido a la modernización iniciada por el descubrimiento en California (Estados Unidos de América) de yacimientos de mercurio; material utilizado para la extracción de oro de otros minerales. Noticia que alerta a los pobladores de la región quienes reinician su explotación minera de oro y plata. Su verdadera transición se realiza alrededor del año 1900, con el apareamiento de escuelas de ingeniería minera, quienes se encargan de potencializar la industria minera de dicho país”.

Manteniendo el contexto, Galeano (1990, p. 226), en su obra “América Latina para entenderte mejor” se refiere a la vinculación de la minería con Ecuador en el siguiente texto:

“En el Ecuador; ya existían indicios de explotación minera antes de la conquista española. Dicha industria tomo auge durante la Colonia, época en la que se explotó oro en las regiones sur oriente y sur occidente del país. Su desarrollo se inicia en los yacimientos auríferos de Portovelo - Zaruma en la provincia del Oro; que para el año de 1980, ya representaba una rentable industria a nivel regional. Adicionalmente; el lavado de oro en las riberas de los ríos de la Amazonía ecuatoriana, se convirtió en una actividad tradicional para los pobladores de esas comunas. Sin embargo; esta labor, aunque tuvo continuidad en el país, no logro las dimensiones esperadas para su rentabilidad”.

De los países analizados, en el panorama histórico como indicador de la actividad minera de la región; se considera, que Bolivia se muestra, como el país más influyente en esta industria, más su labor; se encuentra debilitada, debido a su falta de continuidad en la actualización tecnológica de sus procesos. A Ecuador; se lo percibe, con una actividad minera incipiente; pero, con suficiente riqueza mineral como para lograr el desarrollo del país; y, a Chile con una producción minera muy fuerte y en crecimiento que mantiene su desarrollo concentrado en dos o tres metales explotados.

1.2.3. Dominio de las Minas en el Derecho Anglosajón.

El derecho Anglosajón que se mantiene en países como Inglaterra, Canadá y Estados Unidos de América, poseen una visión considerablemente opuesta a la nuestra respecto al manejo de los recursos minerales, siendo así, que se atribuyen los derechos para acceder, explorar y explotar dicho material al propietario de la tierra o a su vez a aquellos que sin tener el dominio completo del terreno, ostentan cualquier título sobre la misma.

Julio Vildósola Fuenzalida (Fuenzalida, 1999) determina en su libro “El Dominio Minero y el Sistema Concesional en América Latina y el Caribe”, que el marco jurídico económico legal dentro del cual se desarrollaba la actividad minera privada en el año 1066 y que da origen al sistema de dominio anglosajón, se fundamenta principalmente en dos figuras que surgen con la elaboración de un censo o catastro de los territorios en Inglaterra y Wales llamadas los Tenure y Estates.

Dicha recopilación denominada “Domesday Book (1086)” contenía entre otras cosas un registro de los depósitos de minerales localizados dentro del territorio y los propietarios de dichos fundos, con lo cual, el rey distribuyó y otorgó derechos sobre los recursos minerales.

Los tenure representan la adquisición de derechos sobre los minerales localizados en el terreno de propiedad del señor feudal, en calidad de tenedores de los recursos (Tenants in Capite), mas no como titulares del dominio completo y por tanto la figura en concreto consistía en la entrega de terrenos para desarrollar, explorar y explotar minas, beneficiando con sus productos al Estado mediante regalías. Por otro lado, los Estates se encuentran íntimamente ligados a la figura detallada previamente, pues otorgan una certeza jurídica en cuanto al tiempo de aprovechamiento, gozo y disposición de los tenures.

Un claro ejemplo de los tenures – estates son los “Tenant in Fee Simple”, mismo que representa un título entregado a perpetuidad, que confiere un poder

ilimitado de enajenación o cesión además de la determinación del propietario como el único y exclusivo dueño de los productos del suelo y del subsuelo.

Posteriormente, en 1215 se dicta la Carta Magna que significó el establecimiento de los sistemas de dominio sobre los recursos minerales, así como de la obtención de los derechos del concesionario en función de la clasificación metalúrgica.

El sistema Anglosajón implementado en Estados Unidos de América se inicia en el marco del sistema de dominio fundario generado desde Inglaterra, con algunas modificaciones realizadas después de la Independencia (1788-1790) al romperse los lazos jurídicos, políticos y económicos con Inglaterra, momento en el cual las sustancias minerales pasan a ser de propiedad de los dueños de las tierras. Posteriormente con el descubrimiento del oro en California se transgreden las leyes tanto sobre los terrenos públicos como privados, razón por la que los mineros se organizan en distritos, formando registros propios y determinando a los responsables; varias de dichas regulaciones se mantienen hasta la actualidad, como es la noción de que el primer descubridor adquiere un derecho preferente para la explotación.

Para el año de 1866, el gobierno estadounidense había mantenido la situación estática en aras de no perturbar los derechos que los mineros se atribuían y que supuestamente habían adquirido, sin embargo la necesidad de obtener mayores ingresos sobre las actividades mineras resultaba imperiosa, por lo que el gobierno realiza un esfuerzo por establecer una regalía o impuesto permanente en base al principio de que la riqueza minera de las tierras públicas debía estar disponible para quien la busca, localiza y trabaja.

Hasta la actualidad, EE.UU. es propietaria del terreno o suelo así como del dominio de los recursos minerales ubicados en terrenos públicos; lo mencionado aplica asimismo a los terrenos privados (private lands), en cuanto los particulares como dueños se constituyen en propietarios de dichas sustancias minerales pero con limitaciones de protección al medio ambiente y con la posibilidad de que frente a la negativa de explotación solicitada por un

tercero cumpliendo con los requisitos y condiciones determinadas en la ley, la autoridad intervenga en defensa del beneficio minero, previa indemnización de los perjuicios causados al propietario.

Con estos antecedentes, podemos concluir que el derecho anglosajón mantiene una visión distante a la que se maneja en el Derecho minero Ecuatoriano, pues se considera como titular de los derechos sobre el suelo y el subsuelo al propietario del terreno en el que se localizan las sustancias minerales; por otro lado, en Ecuador el único titular de los derechos sobre los recursos mineros es el Estado, excluyendo taxativamente a cualquier particular.

1.2.4. Breve reseña histórica de la minería en el Ecuador.

Es indiscutible la existencia de una tradición minera en nuestro país, aún antes de la conquista española; sin embargo, para la presente investigación centraremos nuestros estudios en el análisis de la legislación minera escrita que aparece desde la Época de la Colonia.

En la primera etapa de la conquista (época de la colonia), el cateo y explotación de metales preciosos, se convierte en uno de los principales factores de consolidación del Imperio español, lo cual requirió una creación de normativas legales destinadas a garantizar un correcto ordenamiento económico social del principal sector económico de ese tiempo, normativa que constituiría pilar fundamental sobre el que edificaría la naciente organización en América.

El auge de la explotación minera en el Ecuador; se despierta a partir de los años 1530 a 1600, con el lavado de oro en las riberas de los ríos en las zonas del oro, sur occidente y sur oriente en general; constituyéndose, en el río Napo como una actividad tradicional. Se hizo común la construcción de galerías para efectos de la actividad, se implementó métodos de extracción a través de tornillos egipcios o torreficación, explicados anteriormente, molinos de purificación y hasta el horno de guairas usados comúnmente para la fundición de todo tipo de metales, éste horno se alimentaba con carbón o leña y estaba elaborado a base de arcilla.

La explotación de los conquistadores españoles a los indígenas en las actividades mineras; y, el trabajo forzado en las minas con el pago de tributos duró en la región varias décadas, mediante la figura de la encomienda (figura jurídica en la que el encomendero tenía derecho a recibir tributo del pueblo asignado, con la condición de enseñarle la doctrina y de defender las personas y los bienes de los indios).

El Dr. Luis Alberto Arauz, precisa la legislación que rigió en la Colonia, expresando que el apogeo y decadencia de la minería de las colonias españolas se sustentó jurídicamente en la Recopilación de las Ordenanzas Mineras del Virrey de Toledo de 1574, en la Recopilación de las Leyes de las Indias de 1680, en las Ordenanzas del Perú de 1683 y en las Reales Ordenanzas para la Minería de la Nueva España (México) de 1783, mismas que representaban el cuerpo legal de la minería más completo y avanzado de esos tiempos.

En la época que marca la independencia de nuestro país, aquellas personas que ejecutaban labores mineras eran exoneradas del servicio militar y era tal la importancia que revestía la minería, que el mismo libertador, Simón Bolívar, dictó el “Reglamento sobre Minas”.

Posteriormente, en la época de la República, una vez instaurado el Estado Ecuatoriano, el 25 de septiembre de 1830, se dicta la Ley de Fomento Minero, con el fin principal de promover la actividad de extracción minera.

Ya en la época actual; en la década de los 1980 y 1990, haciendo relación con los años anteriores, la industria de la minería surge con el desarrollo de industrias aledañas, como la del petróleo y otros hidrocarburos. Los principales metales producidos en el año 1997, en la región; fueron el aluminio, la bauxita, el cobre, el hierro, el plomo, el níquel, la plata, el estaño y el zinc. Las exportaciones de los productos minerales manufacturados se ofertan mayoritariamente con los Estados Unidos de América; en un bajísimo porcentaje el Ecuador se encuentra dentro de ese mercado, ya que su principal producto de exportación es el petróleo (Barrera, 2011, p. 367)

Hoy en día; la legislación minera en el Ecuador, ha sufrido cambios estructurales; los que le han permitido tomar la industria minera como una actividad lucrativa y sustentable dentro del territorio. Esta actividad actualmente se realiza a través de concesiones otorgadas por el gobierno a compañías encargadas de la explotación de yacimientos en el país. Con el implemento de los derechos de la Naturaleza en el texto constitucional ecuatoriano; se reestructura la reglamentación de las actividades ambientales mineras en el país, incluyendo en su normativa regulaciones que brindan restricción a la actividad minera en la prospección, explotación y desarrollo de toda las actividades en áreas naturales protegidas con la protección de las zonas naturales vulnerables del territorio.

1.2.5. Desarrollo sustentable de la actividad minera en el país

El desarrollo actual de la minería en el Ecuador; incluye dentro de sus fases el procesamiento de minerales metálicos y no-metálicos. La minería metálica, con una incidencia mínima en la economía; en tanto, que la minería no-metálica representa una fuente de abastecimiento de sectores como el de la construcción, el eléctrico, el de combustibles en general, entre otros.; con una incidencia muy significativa para el Estado y su economía.

Desde comienzos del siglo XX; en el sector minero metálico del país han influido empresas nacionales (en un porcentaje menor, 20% aprox.) y extranjeras (en un gran porcentaje, 80% aprox.), en la explotación de yacimientos de oro localizados en las zonas de Zaruma y Portovelo principalmente. Labor que se realiza de manera simultánea con el aprovechamiento de placeres auríferos por parte de los pobladores locales, situados en su mayoría en las comunidades indígenas.

A su vez; el sector de minerales no-metálicos, no mantiene un referente claro de cifras, su desarrollo se centra principalmente en el Petróleo y sus derivados. Igualmente las empresas encargadas de su explotación y distribución se encuentran a manos del Estado; que según las últimas disposiciones legales, mediante las reformas a la Ley de Hidrocarburos, que se aprobó el 24 de

noviembre del año 2011; se dispone, que el Estado sea el único encargado en la concesión de la explotación de dichos recursos.

La actividad minera; atraviesa para su ejecución un proceso en el cual se encuentran establecidas fases; dichas fases son necesarias para la obtención de los beneficios del mineral. En la legislación ecuatoriana dentro de la Ley de Minería se establecen las siguientes fases: la prospección, la exploración, la explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de las minas. A continuación se ha de detallar las siguientes:

a) Exploración Minera:

Esta es la fase de la actividad minera en la que se determina el tamaño y forma del yacimiento a explotar; observando para ello el contenido y la calidad del mineral que se va a recuperar. Existen dos tipos de exploración: la inicial, consistente en un miramiento del material y su factibilidad de explotación; y, la avanzada que es la preparación del lugar donde se realizará la recuperación del material factible de explotación. La exploración minera incluye: la evaluación económica, la factibilidad técnica y el diseño del proyecto de explotación. Esta fase; deja como secuela impactos ambientales consistentes en daños provocados por la elaboración de caminos de acceso, a perforaciones de pozos exploratorios y a la preparación del terreno; incluye levantamiento de polvo por tráfico vehicular a las mismas perforaciones; y, la limpieza de los terrenos donde se levantarán los campamentos; adicionalmente, produce contaminación por ruido, a causa de la operación de maquinaria pesada; y, altera el suelo con toda la vegetación existente en él dañando él ecosistema (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Esta etapa inicial del proceso de realización de una actividad minera; cumple con lo necesario para el establecimiento y ejecución de las etapas posteriores; y, mantiene su importancia en la descripción de las condiciones de los espacios en los que se realizarán las labores de explotación minera (Ley de minería,

R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

b) Explotación Minera:

De esta etapa se desprenden las operaciones, trabajos, labores destinadas al desarrollo de la actividad en el sitio del yacimiento; la ejecución del proyecto y la obtención de los materiales producto de la recolección incluyendo su transporte hasta los sitios donde se efectuarán las siguientes fases de la actividad. En ésta etapa; es en la que se realizan, las labores generalmente más extensas y pesadas; puesto que, de ella depende la obtención de la materia prima en este caso los minerales (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Existen tipos específicos para efectuar las labores de la recolección de materiales mineros como:

Minería Superficial:

Como su nombre lo indica; esta labor se la realiza en la superficie, abarca un amplio sector y adquiere distintos nombre de acuerdo a sus formas o modos de recolección de materiales. Pueden ser: minas a cielo abierto; que son las labores que se realizan en grandes fosos cavados a modo de terraza; las explotaciones al descubierto; de las cuales generalmente se extrae carbón o lignito, se vuelven a rellenar con el material desechado, después de separarlo de los minerales obtenidos; las canteras; poseen gran similitud a las minas de cielo abierto, de ellas se obtienen materiales de construcción de la superficie tratada y dichos materiales son recolectados simultáneamente en la formación del hoyo; y, las minas de placer; que constituyen depósitos de partículas minerales mezcladas con arena y grava, éstas se ubican en los lechos de los ríos (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Minería Subterránea:

Esta etapa de la actividad, es ejecutada en los interiores de la tierra formando excavaciones o cavidades subterráneas. Existen dos tipos de minería subterránea: de roca blanda y de roca dura; la minería de roca blanda, se presenta cuando para su excavación se utilizan las herramientas y maquinarias livianas en la adquisición del mineral; y, la minería subterránea de roca dura, se presenta cuando para la extracción de los materiales se hace necesaria la utilización de maquinaria pesada o explosivos como dinamita (Valdés, 2014, p. 68)

Los Pozos de Perforación: Este proceso consiste; en la obtención de los minerales a través de la perforación de un pozo, con máquinas diseñadas de tal modo que logren sustraer el mineral sin la necesidad de una excavación o una galería. El ejemplo más común de esta extracción es el petróleo. Bajo este sistema se ha logrado sustraer materiales solubles en agua haciendo pasar agua con ellos como por un pozo, a ello se lo denomina extracción por disolución.

La Explotación Submarina o Dragado.

Este método de extracción minera o de explotación; consiste en usar unas dragas con cabezales de corte en la mayoría de los casos con una manga de succión que recolectan sedimentos y seleccionan de los mismos los materiales minerales; es una de las maneras más rápidas y más económicas de extracción de minerales. Se realiza en las plataformas continentales en aguas poco profundas.

c) Beneficio, fundición y refinación:

La fase del beneficio; consiste en la extracción de los minerales y su tratamiento, se realiza mediante un conjunto de procesos físicos, químicos o metalúrgicos que someten a los minerales con el objeto de elevar su contenido de utilidad. Se efectúa por ejemplo el beneficio de una pieza de oro; al procesarlo a través de su amalgamación; logrando la extracción de la pieza a

su estado puro, de los minerales que originalmente la conformaban. La fundición; que consiste en la fusión de minerales, con el objeto de separarlos del producto metálico que se desea obtener de otros minerales; y, la refinación; es el proceso que se encarga de transformar los productos metálicos en productos de alta pureza (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

d) Comercialización:

En esta fase; se entra ya en el proceso de compra venta de los productos adquiridos, que ya han sido tratados y elaborados para su distribución. Se lo realiza a través de contratos y dentro de ellos de acuerdo a la ley, se establecen las regalías que le corresponden al Estado por la venta final del producto. Los contratos para la comercialización; se elaboraran según las estipulaciones del Capítulo V, de la Comercialización de Sustancias Minerales de la Ley de Minería; y, lo determinado en la Constitución de la República en su artículo 408 segundo inciso (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador).

e) Cierre de Minas:

Es la fase de desmantelamiento de las instalaciones que fueron creadas con el propósito de realizar el proceso de las actividades mineras; al concluir con las mismas, el campamento instalado deberá desmontarse y dentro de la medida de lo posible el lugar en donde se encontraba deberá procurarse a su estado original y velarse por la reparación ambiental de la zona (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Todas las fases de la actividad; conllevan implícita la obligación de la reparación y de la remediación ambiental de acuerdo con la legislación ecuatoriana. El Estado fomentará la industrialización de los minerales, promocionándolos de forma sustentable y preocupada por no sobrepasar los límites biofísicos de la naturaleza (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

1.3. Antecedentes Normativos

1.3.1. Cambios fundamentales en la Legislación de Minería en el Ecuador.

Los diferentes conexos legales en el Ecuador; se encuentran instituidos en las bases de la política estatal, sobre el dominio de los recursos naturales no renovables y su propiedad. En el intervalo de los años; se ha logrado un progreso evidente en el área de la explotación minera, dentro del periodo de 1970 al 2014 se han conformado distintos cuerpos legales en ésta área. Los principales son:

1.3.1.1. Ley de Fomento Minero de 1974

En esta norma; el Estado ratifica el carácter inalienable del su dominio sobre los depósitos o yacimientos de sustancias minerales metálicas y no metálicas la cual tenía como objetivo prioritario, incentivarla búsqueda de yacimientos metálicos bases, así como también procurar la inversión (Ley de Fomento Minero, Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos, 1974 - 32 páginas).

1.3.1.2. Ley de Minería de 1985

Dentro de esta Ley; se mantienen los principios de propiedad estatal sobre el dominio de las minas. Se crea el Instituto Ecuatoriano de Minería (INEMIN); entidad administrativa que permitió el otorgamiento de permisos y la celebración de contratos más ágilmente. Se suprimió las referencias existentes en la ley anterior acerca de la minería a pequeña escala; manteniendo la facultad del Estado a través del INEMIN y el establecimiento de las zonas de libre aprovechamiento destinadas a lavadores y mineros independientes. Esto provocó que los pequeños mineros recurrieran a un proceso de legalización ajeno a ésta; mediante la creación de cooperativas, que fueron reconocidas por el Ministerio de Bienestar Social de la época. (Verdesoto, 2010, p. 16).

1.3.1.3. Ley de Minería de 1991

Verdesoto (2010, p. 16) referencia que, el 31 de mayo de 1991; se expide la Ley de Minería en el Ecuador, en el Registro Oficial Suplemento No. 695.

Dentro de su normativa, se encuentran ya estipuladas normas relativas al comercio clandestino de sustancias minerales. En ella se reafirma; las sanciones y juzgamientos, el delito de explotación ilícita d sustancias minerales tipificada en el art. 44 de esta Ley, será sancionada con el decomiso de los productos objeto del delito así como de la maquinaria, equipos o implementos utilizados en su comisión, según la gravedad y circunstancias de la infracción. Los infractores serán reprimidos con prisión de 1 un mes a 3 años o multa del equivalente a un mínimo de 10 y un máximo de 200 salarios mínimos vitales generales, que se graduara según la gravedad del hecho y de las circunstancias de la infracción.; Esta planteada la sanción cuando hay minería ilegal; pero faltan mecanismos para la ejecutoriedad de la ley (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517).

1.3.1.4. Ley de Minería de 2009

La importancia de la actual Ley de Minería (Registro Oficial No. 517; de 29 de Enero de 2009); se sustenta en la restricción de las concesiones mineras por parte del Estado (artículos 31 y 26 de la Ley); en el reforzamiento de los controles impuestos a las compañías o empresas que trabajan en el sector minero (artículos 16 y 17), en la explotación ilegal de minerales (artículos 56 de la Ley); en el juzgamiento y sanciones (artículo 57) ;y, en la imposición del pago de beneficios al Estado por parte de las concesionarias que realizan labores de la actividad (artículos 92 y 93 de la Ley).

Con la creación de la Empresa Nacional Minera (artículo 12 de la Ley); las agencias de regulación y control de la actividad y la creación del Instituto de Investigación Geológica, Minera y Metalúrgica; el Estado pretende mejorar la gestión de la actividad minera, vigilando las operaciones ilegales que en el país se realizan y logrando el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales no renovables. Adicionalmente; entre las reformas a la Ley de Minería en el art. 57 de la Ley, se han eliminado las sanciones impuestas. Restricciones que en la Ley anterior (Ley de Minería, Registro Oficial No. 695, de 31 de mayo de 1991) no existían.

1.3.1.5. Ley de minería (reforma 10 de febrero 2014)

La Ley de Minería actual; ha experimentado una mejoría con respecto a las normativas anteriores, debido principalmente a las reformas de la Constitución en octubre del 2008. Su objetivo es abarcar las necesidades básicas del país con respecto a la actividad minera. Las preocupaciones en las que se determinó el Estado para efectuar las reformas de la Ley Minera; se fundamentaron en el desarrollo sustentable de la actividad. El cumplimiento de sus preceptos aplicables a las concesionarias mineras, beneficiará al país con el impulso de esta industria y el control de la actividad en minera lícita (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

1.4. Análisis Constitucional de la propiedad Imprescriptible, Inalienable e Inembargable del Estado sobre los recursos mineros

La Legislación Ecuatoriana ha sufrido varios cambios en los últimos años; siendo uno de los principales, las reformas de la Constitución de la República del 2008; especialmente en temas relacionado con el medio ambiente. En temas relacionados con medio ambiente y actividades extractivas; entre los principales logros de la Constitución se encuentra, el Título VII, Régimen del Buen Vivir, capítulo segundo, sección cuarta, manifestando así:

De acuerdo al Artículo 408 de la Constitución (2008):

“Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador).”

1.4.1. Propiedad imprescriptible

De acuerdo a Salazar (2013, p. 34) se cita:

“Se llaman bienes imprescriptibles aquellos bienes que no pierden vigencia o validez en este caso cuyo dominio pertenece al Estado es decir los recursos naturales renovables y no renovables, son destinados según su necesidad al uso o servicio público, salvo razones de interés debidamente justificado”.

Dentro de la misma línea Portero (2011, p. 305) dicta:

“Además su uso pertenece a todos los habitantes del Estado, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar, son bienes del Estado todas las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño”.

La imprescriptibilidad, por consiguiente, es una situación de excepción; lo normal es que todos los derechos, y bienes puedan ser materia de prescripción, y que no lo sean, únicamente aquellos específicamente excluidos.

El volver sobre estos conceptos se torna en extremo necesario la tipificación de delitos mineros, que tiene el propósito de innovar sustancialmente las disposiciones que han regido en este campo, algunas de las cuales sí deben ser materia de profunda revisión en bien de la adecuación de nuevas normas punitivas en la minería ilegal y a la vigencia de los tratados internacionales.

A su vez los bienes comunes o bienes estrictamente fiscales son imprescriptibles. No sobra advertir que lo relativo a los bienes públicos o de uso público no se modifican: siguen siendo imprescriptibles, al igual que los fiscales que tampoco pueden adquirirse por prescripción (Albán, 2012). Uno de los fines esenciales del Estado es el de “servir a la comunidad”, finalidad que se cumple cuando se prestan los servicios públicos. Y los bienes fiscales, en

general, están destinados a garantizar la prestación de los servicios públicos. Tanto los bienes afectos a un servicio público, como aquellos que no lo están pero podrían estarlo en el futuro. Como, en últimas, esos bienes pertenecen a la comunidad, merecen un tratamiento especial que los proteja, en bien de toda la sociedad.

1.4.2. Propiedad inalienable

La constitución Ecuatoriana prohíbe la actividad extrativista de recursos no renovables en áreas protegidas en las zonas declaradas como intangibles. Sin embargo establece la posibilidad de que estos recursos sean explotados; “A petición fundamentada de la Presidencia de la república y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea nacional, que de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular” (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador, art. 407)

En este sentido, la discusión respecto a la posibilidad o no del Estado de explotar recursos en las áreas protegidas y zonas intangibles se ubica alrededor del concepto de “interés nacional” o “interés público” conforme a la Constitución de la República del Ecuador (Constitución de la República del Ecuador.(2008). Quito,Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones).

“Inalienabilidad e interés nacional son dos características de la propiedad del Estado sobre los recursos del subsuelo. Inalienabilidad como un derecho ejercido frente a la comunidad internacional, e interés nacional como un deber ejercido a nombre y para el beneficio del pueblo ecuatoriano. Siendo un deber ejercido a nombre del Estado plurinacional ecuatoriano, el término “interés público” debe ser interpretado a la luz del reconocimiento del Ecuador como una sociedad multicultural y plurinacional”.

La protección constitucional de los intereses del Estado sobre los recursos del subsuelo en forma de patrimonio inalienable está relacionado con el concepto de “soberanía permanente sobre los recursos naturales” (SPRN), un concepto

que “emana de las relaciones entre empresas multinacionales de extracción de recursos no renovables y los Estados que las recibe” (Duriugbo, 2006, p. 122)

Reflejando los conflictos históricos entre países que importan y países que exportan capitales respecto a la intervención estatal sobre la propiedad privada.

La inalienabilidad del derecho de la propiedad sobre los recursos del subsuelo refleja la noción de la soberanía permanente sobre los recursos naturales. Es la soberanía del Estado (y no los recursos del subsuelo), lo que es inalienable y por lo tanto no puede ser convertida en mercancía. La inalienabilidad de los derechos sobre los recursos del subsuelo protege la libertad del Estado de actual en beneficio del pueblo ecuatoriano ante la comunidad internacional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

1.4.3. Propiedad inembargable

El objetivo de la inembargabilidad dentro del contexto chileno como medio de comparación previa a la constitución ecuatoriana y a la Ley de Minería, esta diferenciada por su aplicación en la concesión minera y su estabilidad y seguridad al trabajo minero con visión al respaldo de la empresa extranjera.

La inembargabilidad dentro de la Constitución ecuatoriana surge como término en aplicación a las personas naturales más no como la aplicación que se debería efectuar a las personas jurídicas tal y como nos manifiesta el artículo 408 de la Constitución en el que marca una diferencia puesto que al Estado lo que le interesa es proteger los recursos naturales no renovables y en general los recursos del subsuelo dichos bienes se lo definen como no embargables.

Afirmando así que la regla general es que la concesión minera sea inembargable a fin de dar estabilidad y seguridad jurídica al Estado y por ende al trabajo minero ecuatoriano, tomando en cuenta que el aprovechamiento de dichos recursos no podrá ser a un monto inferior al que la empresa está explotando.

CAPÍTULO II

2. DERECHOS DE LAS PERSONAS SOBRE LOS RECURSOS MINEROS

2.1. La Concesión.

El accionar del sector privado es, en la actualidad, de gran incidencia en el desarrollo de un país, ya que su intervención ha generado históricamente fuentes de empleo y cambios en las condiciones de habitabilidad de los ciudadanos.

Si los contratos de concesión son suscritos bajo parámetros claros y transparentes, bajo el control y supervisión de entidades profesionales y rectas, no se concebiría la idea de la existencia de desventajas en este tipo de contratos.

Desde la perspectiva de Domínguez (2012, p. 56) variados estudios y documentación pertinente ha demostrado las ventajas de la participación de la empresa privada frente a su contraparte pública. Estas investigaciones previas concuerdan en demostrar que una concesión bien ejecutada da lugar a una mayor eficacia en la prestación de los servicios públicos.

Aguilar (2011, p. 205) precisa a la concesión como: "(...) el permiso que se confiere a una empresa o a un particular para que explote una actividad o propiedad del gobierno".

Dentro de la misma línea investigativa Cáceres (2013, p. 41) refiere a la concesión como:

“contrato por el cual el propietario del bien o derecho confía su aprovechamiento a un derecho de explotación de bienes y servicios, por un plazo determinado, a otra persona natural o jurídica, bajo ciertas condiciones, a cambio de un beneficio”.

La concesión, en el derecho público, se circunscribe al proceso de las relaciones del Estado y los particulares. Estos procesos han librado en una serie de negocios y contratos que van alcanzando cualidades propias, determinado la necesidad de que el Derecho Público se haya visto de regularlos especial y continuamente.

La concesión que se otorga a una persona jurídica tiene como objeto que ésta disponga bienes públicos adquiriendo un beneficio económico del mismo, pero a la vez beneficiando al Estado (Barreno, 2013, p. 19).

El contrato de concesión de obra pública acorde a Herrera (2010, p. 241), es:

“la autorización que adjudica el Estado a un particular para que efectúe una obra de utilidad pública, por su cuenta y riesgo, a cambio de que el beneficiario explote el servicio a que esa obra está destinada, durante el plazo que hayan señalado en el contrato”.

2.2. Concesión Minera

El estudio de la concesión minera requiere de una interpretación integral del sistema impuesto por la Ley de Minería ecuatoriana y de sus principios básicos; como también el análisis de las distintas formas de concesión previstas en la ley, de sus efectos y modo de extinción.

Arguello (2012, p. 177), menciona:

“(…) la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, que se encuentren dentro de un sólido de profundidad indefinida, limitado por planos verticales correspondientes a los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrada, cuyos vértices están referidos a coordenadas Universal Transversal. La concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentre ubicada (…)”

El Derecho Minero tiene un carácter mixto, pues se desprende simultáneamente del derecho público y privado.

Martín Belaunde Moreyra (Moreyra, 2007) determina que el Derecho Minero goza de características del Derecho Público por varias razones, entre las que podemos destacar que el Estado es el titular del dominio de los yacimientos mineros y por tanto ostenta la posibilidad de otorgar las concesiones, autorizaciones y permisos para la realización de las actividades mineras, asimismo el incumplimiento de ciertas obligaciones determinadas legalmente implican la extinción o pérdida de los derechos mineros, lo cual será comprobado por las autoridades encargadas de ejercer el control permanente sobre dichas actividades.

Por otro lado, el Derecho Minero se encuentra íntimamente relacionado con el Derecho Privado pues en primera instancia, la actividad empresarial es ejercida en el ámbito privado, así como la relación con terceros y la legislación de las sociedades dedicadas a ésta actividad; además, se mantienen constantes remisiones al Derecho Privado, como es el caso del tema contractual, el otorgamiento de un Derecho Real a su titular mediante la concesión, entre otras.

Asimismo, podemos establecer que la concesión minera es un acto administrativo que proviene del mandato de la ley. En la legislación ecuatoriana el derecho al aprovechamiento de los recursos minerales es un derecho exclusivo del Estado, conforme lo establece el artículo 316 de la constitución y podrá ser delegado por excepción a la iniciativa privada.

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador, p. 145).

Bajo este principio constitucional se analizará la concesión minera como mecanismo por el cual tal delegación puede materializarse. Y en respaldo de la concesión minera determinar al contrato de prestación de servicios y el contrato de explotación.

De acuerdo con la Ley de Minería (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014, Art. 30):

“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”.

Respecto al artículo 30 de la Ley de Minería caben dos comentarios: El Ecuador mantiene la política de que las concesiones mineras deben ser emitidas mediante un acto administrativo. En países como Colombia y Chile la concesión se otorga mediante una sentencia de órgano judicial (que de paso otorga la propiedad de los minerales que se extraigan de las minas concesionadas) (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Ecuador en cambio es transformador al marcar que el concesionario minero tiene un derecho personal sobre la concesión. La tendencia latinoamericana en cambio enseña que se trata de un derecho real porque éste no recae o es intrínseco a la persona sino a la mina. Nos parece que lo adecuado es hablar de un derecho real, es decir, el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, y, por lo tanto, oponible ante terceros. Desde un punto personal no se considera que los derechos que genera la concesión minera sean similares a los créditos, que sólo pueden reclamarse de ciertas personas. Dentro de este contexto no se conoce con exactitud de dónde provino esta innovación; pero se entendería que tiene su origen en la idea de que siendo el Estado el propietario inalienable, imprescriptible e irrenunciable de los minerales, éste no estaría en capacidad de concesionarla exploración y explotación de dichos minerales a terceros pues se estaría alienando la propiedad que el Estado mantiene sobre ellos.

Cabe mencionar en este punto, que los demás países latinoamericanos mantienen la misma teoría de la propiedad inalienable del Estado sobre los recursos naturales no renovables y, sin embargo, establecen, al amparo de su normativa civil, que los derechos mineros son reales por recaer sobre las minas y no sobre quienes ostenta su concesión.

Si de garantizar la idoneidad de quienes son beneficiarios de las concesiones mineras se trata, se considera que se podía lograr este control, manteniendo la concepción de derecho real; pero incluyendo al mismo tiempo la autorización previa del Estado para su cesión, sin que ello signifique desnaturalizar a la concesión minera.

Continuando con la concesión minera, ésta tiene un plazo de duración de hasta 25 años que podrá ser renovado por períodos iguales. De acuerdo con la actual legislación, la exploración inicial puede durar máximo 4 años, la exploración avanzada máximo 4 años, y la evaluación económica del yacimiento, 2 años más prorrogables por 2 años adicionales en caso de justificar técnicamente la inconveniencia de iniciar la fase de explotación por temas de marcado.

Durante la fase de evaluación económica del yacimiento, el concesionario minero solicitará al Ministerio Sectorial el inicio de la fase de explotación, a cuyo efecto deberá suscribir un Contrato de Explotación Minera con el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Minería vigente.

Una vez que se haya suscrito el Contrato de Explotación Minera, el concesionario deberá solicitar y obtener algunos permisos y licencias tanto sociales como ambientales que le faculten a iniciar la fase de desarrollo de la mina (construcción de la mina e infraestructura necesaria) lo que puede tomar un promedio de 3 años, antes de iniciar la extracción comercial. Es decir, con una concesión minera de 25 años, el contratista sólo podrá dedicarse a la extracción durante quizá 12 años, sin que haya garantía de que la concesión será renovada y, por lo tanto, de que su contrato de explotación continúe en plena ejecución.

Concluyendo, el último tema a tratar relacionado con las concesiones mineras y que tiene que ver con los contratos es lo que dispone el Art. 39, inciso 2º de la Ley de Minería:

“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” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

No existe un buen entendimiento respecto a cómo interpretar la limitación de las 5.000 hectáreas mineras en explotación; al menos existen 2 formas de interpretación: (i) que el concesionario que ha suscrito el contrato de explotación no puede tener más de 5.000 hectáreas mineras en total, incluyendo otras concesiones que pueda tener y que estén en una fase diferente, debiendo renunciar o cederlas en lo que exceda a dicho límite; o, (ii) que el concesionario que ha suscrito el contrato de explotación no puede tener más de 5.000 hectáreas mineras en explotación y que formen parte del contrato de explotación, sin que tenga límite en otras concesiones que puedan estar en una fase diferente.

2.2.1. Patente de conservación de concesión:

Los concesionarios mineros deben pagar una patente de conservación de la concesión en forma anual; la misma que, ya en fase de explotación es igual al 10% de una remuneración básica unificada por cada hectárea minera concesionada. El retraso en el pago de esta patente es para la Ley de Minería algo tan grave como un daño ambiental, o como una violación de derechos humanos, o como una destrucción del patrimonio cultural; pues, de no ejecutar el pago a tiempo se produce la caducidad de la concesión minera y por lo tanto la terminación del contrato de explotación minera. La Ley de Minería señala que “(...) En ningún caso, ni por vía administrativa o judicial, se otorgará

prórroga para el pago de esta patente (...)” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Lo cual determina una sanción excesiva; pues si por cualquier razón, el concesionario se aplaza en el pago de patentes de conservación durante la fase de explotación, podría darse terminado su contrato, perdiendo todas las inversiones realizadas y dejando de percibir los ingresos futuros esperados en la comercialización de los minerales objeto del contrato de explotación. Esta disposición legal debería ser objeto de una prueba de constitucionalidad, pues no se alinea a lo dispuesto en el Art. 76, numeral 6 de la Constitución de la República (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador).

Aun cuando ya se ha determinado y analizado la concesión minera y a los derechos que emanan de ella, es pertinente esclarecer que, para que el concesionario minero pueda acceder a la fase de explotación a gran escala, no es suficiente ser el titular de una concesión minera sino que demandará de la suscripción de un Contrato de Explotación Minera o uno de prestación de servicios, según lo disponen los artículos 40 y 41 de la Ley de Minería.

La concesión minera es un acto administrativo mediante el cual se otorga un derecho personal, que es transferible previa la calificación obligatoria de la idoneidad del cesionario de los derechos mineros. Se podrá establecer prendas, cesiones en garantía y otras garantías previstas en la ley.

Se le confiere al titular minero el derecho exclusivo de prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar todas las sustancias minerales que puedan existir y obtenerse en el área de dicha concesión.

2.2.2. Fase en la Concesión Minera.

La actividad minera habitualmente comienza con la fase de prospección y de haber indicios de zonas mineralizadas la siguiente fase es la exploración, la cual tiene a su vez tres etapas: exploración inicial, exploración avanzada y

evaluación económica del proyecto. Es en esta última fase es donde el concesionario minero realiza el estudio de factibilidad de su proyecto, el mismo que, de ser económica y financieramente viable, se lo presenta al Ministerio Sectorial para dar inicio a la negociación del contrato de explotación minera; el que debe ser firmado dentro de los 6 meses posteriores a la solicitud del concesionario minero de cambiar a fase de explotación. Es decir, el concesionario minero toma un alto riesgo al realizar inversiones de prospección y exploración, sin tener aún un contrato de explotación minera y sin saber las condiciones contractuales a las cuales se someterá.

2.3. Contrato de prestación de servicios

Según Calle (2010, p. 42), refiere:

“Se determina por el cual una persona profesional en algún ámbito, se obliga con respecto a otra a realizar una serie de servicios a cambio de una remuneración. Es un contrato oneroso en donde la persona contratada se obliga al cumplimiento de una actividad y para el respectivo pago debe haber cumplido las metas establecidas”.

Por otro lado, el contrato de prestación de servicios mineros contiene los mismos derechos y obligaciones que el contrato de explotación pero sin ser el titular de una concesión minera, razón por la cual se encuentra sujeto a un proceso de adjudicación previo y contiene una remuneración hacia el prestatario, eximiéndose así del pago de regalías ni al impuesto a los ingresos extraordinarios como se determina en el artículo 40 de la ley:

Art. 40.- Contrato de Prestación de Servicios (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517):

“El Estado, a través del Ministerio Sectorial, podrá suscribir un Contrato de Prestación de Servicios en los términos y condiciones establecidas por el Ministerio Sectorial y las ofrecidas por el prestatario al momento de la adjudicación.

El Contrato de Prestación de Servicios contendrá tanto la remuneración del prestatario minero como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. El modelo de este contrato será aprobado por el Ministerio Sectorial mediante acuerdo ministerial.

En este caso, el prestatario no estará obligado a pagar las regalías establecidas en la presente ley ni los impuestos que deriven de ganancias extraordinarias. No obstante lo anterior, el Gobierno destinará los recursos económicos correspondientes al 3% de las ventas de los minerales explotados, a proyectos de desarrollo local sustentable, a través de los gobiernos municipales y juntas parroquiales y, de ser el caso, a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas, para lo cual se establecerá la normativa respectiva.

En lo demás, el prestatario tendrá los mismos derechos y obligaciones establecidos en el caso de los contratos de explotación minera individualizados en el artículo siguiente”.

Podemos decir entonces que el contrato de Prestación de Servicios es aquel por el cual el Estado, a través de la Empresa Nacional de Minería del Ecuador ENAMI, contrata los servicios de una empresa privada para que ésta explore la concesión minera y, en caso de encontrarse un yacimiento comercialmente explotable, la Contratista cobre al Estado una tasa por sus servicios calculada sobre la base del mineral extraído.

Por tanto, este contrato tiene como objeto directo que el Estado permita la ejecución de los trabajos de exploración y explotación al encargar el derecho que tiene de hacerlo él mismo, asignándole una determinada concesión minera para dichas labores; mientras que la empresa privada prestará sus servicios, con sus propios recursos y a su solo riesgo, para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables.

En el contrato de prestación de servicios el contratista se rige a realizar las actividades de exploración, confirmación de reservas, desarrollo, explotación y producción aportando la tecnología, los capitales, equipos, bienes y maquinaria necesarios para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

2.4. Contrato de explotación

De acuerdo a Brito & Villacis (2012, p. 156), el contrato de explotación minera es un contrato administrativo regularizado por la Legislación Aplicable y es accesorio a la Concesión Minera otorgada mediante título minero conferido previamente al concesionario minero por el Estado ecuatoriano.

El Contrato de Explotación Minera no se sujeta a las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus normas regulatorias.

Este contrato tiene por esencia delegar de forma excepcional por parte del Estado al concesionario minero el derecho exclusivo para la realización de las actividades de preparación y desarrollo de los yacimientos localizados en el área de la concesión minera determinada dentro del contrato, así como también la extracción, transporte, beneficio y comercialización de todos los minerales comercialmente explotables que allí se encuentren o se llegaren a encontrar.

Ante esto, debemos afirmar que el verdadero sentido de solicitar una concesión minera, es precisamente la obtención del derecho a explotar, apropiarse y aprovechar minerales, contra una compensación económica denominada regalía, derecho éste que se ve restringido a la posibilidad de que el concesionario y el Estado lleguen a un acuerdo respecto de los términos del contrato.

Como referencia de lo anteriormente mencionado, esta innovación jurídica que contempla la Ley de Minería, establece que el titular de la concesión minera no podrá realizar labores de explotación sin haberse suscrito previamente un

contrato, aun cuando el Estado ya le ha otorgado, de forma previa, una concesión minera para la ejecución de todas las fases de la actividad minera, incluyendo desde luego la fase de explotación. Este desacierto legislativo genera inseguridad jurídica y, consiguientemente, ahuyenta la inversión por parte de las empresas del mercado minero pues aun cuando las compañías que mantienen la titularidad de la concesión minera, han realizado ingentes inversiones, no se concede una certeza de poder explotar y comercializar dichos recursos minerales.

El problema reside en el hecho de que, si por cualquier cognición no se llegare a un acuerdo con el Ministerio Sectorial, en los términos contractuales, y no se accediere a el contrato de explotación minera, si bien la Ley de Minería no establece absolutamente nada para este caso, la derivación práctica sería la imposibilidad legal del concesionario de explotar los minerales que fueron descubiertos como producto de la exploración, induciendo a que la inversión efectuada por las empresas en las fases anteriores no pueda ser recuperada repeliendo finalmente la inversión nacional o extranjera realizada previamente, generando a su vez un perjuicio económico al país en el sentido de que el aprovechamiento otorgado al concesionario sobre este tipo de bienes, tiene un carácter de derecho y de obligación, una clara muestra es que para la subsistencia del derecho es un requisito legal el que se realicen trabajos regulares de explotación, pues sin la extracción de las sustancias minerales no se obtiene mayor rédito económico.

En base al marco constitucional y legal, artículo 316 de la Constitución y artículo 1 de la ley de minería:

Artículo 316 (Constitución del Ecuador, 2008):

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador, p. 145).

Art. 1.- Del objeto de la Ley (10 de febrero 2014).

“La presente Ley de Minería norma el ejercicio de los derechos soberanos del Estado Ecuatoriano, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero, de conformidad con los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia. Se exceptúan de esta Ley, el petróleo y demás hidrocarburos.

El Estado podrá delegar su participación en el sector minero. A empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. Para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

A diferencia del Contrato de Prestación de Servicios, el Contrato de Explotación debe definir el porcentaje de pago y regalías y fijar el precio base para la aplicación del impuesto a las ganancias extraordinarias, aun cuando la propia Constitución de la República estable con absoluta claridad los porcentajes de participación del Estado en los beneficios de la explotación minera.

Este contrato tiene por finalidad, a más de los elementos antes mencionados, acordar el plazo, términos y demás situaciones para las etapas de construcción, montaje, extracción, beneficio, fundición, refinación, transporte y comercialización de los minerales obtenidos, así como estipular las

obligaciones del concesionario minero en cuanto a la gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades, pago de regalías, cierre de operaciones, determinación del precio base, y establecer los derechos del concesionario minero y los acuerdos para la solución de controversias.

2.4.1. Fases Mineras incluidas en el Contrato de Explotación

Al localizarse ya el concesionario minero en la etapa de explotación, lo natural se consideraría que se incluyan en el contrato las etapas subsiguientes, es decir: beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de mina. Sin embargo, ello no necesariamente es así; pues, por un lado, no todos los concesionarios mineros estarán comprometidos en o tendrán la capacidad para realizar las subsiguientes fases, especialmente la fundición y refinación, las cuales se realizan usualmente en países más industrializados. Por otro lado, el contrato minero no solo debe incluir las fases subsiguientes a la explotación, sino también las previas, es decir, debe establecer la posibilidad de que el concesionario minero pueda seguir realizando actividades e inversiones de exploración; este tema no ha sido pensado en la actual Ley de Minería, pero ha sido subsanado contractualmente en beneficio de ambas partes (concesionario y Estado).

2.5. Relación del contrato de explotación minera y el contrato de prestación de servicios, en función de la Ley de Minería y su Reglamento General.

La Ley de Minería es muy exigua en cuanto a constituir el contenido de los contratos mineros. De la lectura de los artículos 40 y 41 de la Ley de Minería y artículos 56 y 57 de su Reglamento General, se puede establecer el contenido mínimo “de base” que deben manejar tanto los contratos de prestación de servicios mineros como los contratos de explotación minera:

- Términos, condiciones y plazos para las etapas de construcción y montaje, extracción, transporte, y comercialización de los minerales obtenidos dentro de los límites de la concesión minera;

- Obligaciones en materia de gestión ambiental y social de conformidad al plazo establecido por la Ley de Minería;
- Relación con las comunidades;
- Derecho a suspender las actividades mineras sujeto a la cancelación de una compensación económica a favor del Estado, en el caso que las condiciones técnicas o de mercado le impidan cumplir con los plazos establecidos.
- Presentación de garantías;
- Reporte de utilidades;
- Cierre parcial o total de la mina, incluyendo el pago de todos los pasivos ambientales correspondientes a un período equivalente al de la concesión.
- Resolución de diferencias y/o controversias, las cuales sólo podrán someterse a los jueces de la Función Judicial del Ecuador o de una instancia de arbitraje en Latinoamérica.

De la misma forma, se delimitan ciertos contenidos “específicos” dependiendo del tipo de contrato y que constituyen justamente sus principales diferencias:

En cuanto al Contrato de Prestación de Servicios (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014, Art. 40), éste debe contener:

- Remuneración o retribución del prestatario minero. Es importante precisar que el prestatario no está obligado a pagar regalías ni el impuesto a las ganancias extraordinarias.

En cuanto al Contrato de Explotación Minera (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014, Art. 40), éste debe contener:

- Porcentaje y pago de regalías;
- Pago de regalías anticipadas;

- Fijación del precio base para la aplicación del impuesto a las ganancias extraordinarias.

Dentro de este punto es precedente destacar los principales términos y condiciones que han sido contenidos en los primeros contratos de explotación minera de gran escala que aún se halla negociando el Estado Ecuatoriano.

2.5.1. Marco Legal Aplicable

Los contratos mineros se hallan sujetos a la Constitución de la República, a la Ley de Minería, sus reglamentos de aplicación y la legislación conexas. La normativa supletoria aplicable es, entre otras muchas de menor importancia, la: administrativa, contencioso-administrativa; tributaria; penal; procesal penal; de soberanía alimentaria; societaria; civil; procesal civil; de gobiernos autónomos descentralizados y más normativa de la legislación positiva ecuatoriana aplicable al sector minero.

2.5.2. Autoridades Mineras

Las principales autoridades vinculadas a la negociación, suscripción y ejecución de los contratos mineros son:

- Ministerio Sectorial (Ministerio de Recursos Naturales No Renovables).- le concierne ejercer la representación del Estado en materia de política minera; y es función principal de esta entidad la concesión, administración y extinción de derechos mineros.
- Agencia de Regulación y Control Minero (organismo técnico-administrativo, agente del ejercicio de la potestad estatal de vigilancia, auditoría, intervención y control de las fases de la actividad minera), le corresponde emitir informes previos para la suscripción de contratos de explotación.
- EP, conforme al artículo 2 del Decreto Ejecutivo Nro 203, (Decreto Ejecutivo 203. (2009). Quito, Ecuador. Descargado de: http://www.recursosnaturales.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2012/08/Lotaip_decreto_creacion_ENAMI_EP.pdf) determina:

“objeto principal de la Empresa Nacional Minera, es la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables en la actividad minera para su aprovechamiento sustentable, conforme a la Ley de Minería, la cual intervendrá en todas las fases de la actividad bajo condiciones de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos.

Para el cumplimiento de su objeto podrá asociarse, constituir compañías de economía mixta, subsidiarias o filiales, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas, consorcios, empresas de coordinación u otras de naturaleza similar con alcance nacional e internacional y en general celebrar todo acto o contrato permitido por las leyes ecuatorianas y que directa o indirectamente se relacionen con su objeto con personas”.

- INIGEMM, Instituto Nacional de Investigación Geológico Minero Metalúrgico, su principal actividad es la emisión de mapas geológicos a diferentes escalas, que permitirán conocer e interpretar los procesos geológicos en la búsqueda, evaluación, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales, sean estos metálicos, no metálicos o minerales industriales.
- MUNICIPIOS (materiales de construcción en quebradas y playas), donde de acuerdo al artículo 264 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (Codificación 16, Registro Oficial Suplemento 159 de 5 de Diciembre del 2005) se dicta:

“Los ríos y sus playas, las quebradas, sus lechos y taludes pueden ser usados por los vecinos, de acuerdo con las leyes de la materia; pero la explotación de piedras, arena y otros materiales sólo podrán hacerse con el expreso consentimiento del concejo, y de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Minería.”

2.5.3. Actos Administrativos Previos

Para efectuar actividades mineras en cualquier fase, se demandan de manera obligatoria actos administrativos fundamentados y favorables, concedidos

previamente de acuerdo al artículo 26 de la Ley de Minería, por las siguientes autoridades:

“a) Del Ministerio del Ambiente, la respectiva licencia ambiental debidamente otorgada; y,

b) De la Autoridad Única del Agua, respecto de la eventual afectación a cuerpos de agua superficial y/o subterránea y del cumplimiento al orden de prelación sobre el derecho al acceso al agua”.

Adicionalmente se requiere de manera obligatoria la presentación de una declaración juramentada que exprese por parte del concesionario o contratista, según sea el caso, conocer que las actividades mineras no afectan caminos, infraestructura pública, puertos habilitados, playas de mar y fondos marinos; redes de telecomunicaciones; instalaciones militares; infraestructura petrolera; instalaciones aeronáuticas; redes o infraestructura eléctricas; o vestigios arqueológicos o de patrimonio natural y cultural. En caso de que tal afectación existiese se solicitará la autorización por parte de la entidad que corresponda.

2.5.4. Obligaciones Laborales

El Art. 67 de la Ley de Minería (2014), menciona:

“Las obligaciones de orden laboral contraídas por los titulares de derechos mineros con sus trabajadores, serán de su exclusiva responsabilidad y de ninguna manera se harán extensivas al Estado.

En el caso de los trabajadores vinculados a la actividad minera, éstos recibirán el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud, educación y vivienda, a través de los organismos seccionales del área donde se encuentra el proyecto minero. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.

Para el caso de los trabajadores de la pequeña minería será del 10% del porcentaje de utilidades y el 5% restante será pagado al Estado, que lo destinará, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social en salud, educación y vivienda, a través de los organismos seccionales del área donde se encuentra el proyecto minero. Dichos proyectos deberán estar armonizados con el Plan Nacional de Desarrollo.

Se prohíbe toda forma de precarización laboral en la actividad minera” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Por lo cual es referente analizar, ¿qué acontecería si efectivamente se produjera un caso de incumplimiento de las obligaciones laborales del concesionario minero y éste no estuviere en capacidad de cubrir sus obligaciones? Otra pregunta importante es ¿qué pasaría en caso de producirse daños o pasivos ambientales y además pasivos laborales? Debería cubrirse primero a los laborales (por ser créditos privilegiados de primera clase), o a los ambientales (por ser de interés público). La respuesta se complica cuando la propia Constitución de la República (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial # 449 del 20 de Octubre de 2008, Quito - Ecuador, Artículo 11, numeral 6) señala que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”

Siguiendo con las obligaciones laborales en materia minera, los trabajadores relacionados a esta actividad reciben sólo el 3% del porcentaje de utilidades y el 12% restante es pagado al Estado (que lo debe destinar, única y exclusivamente, a proyectos de inversión social); Este porcentaje menor de utilidades para los trabajadores mineros se ampara en normas Constitucionales, artículo 328 (2008); “En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades”.

2.5.5. Participación en los Beneficios

De acuerdo con la Constitución de la República, artículo 408 (2008), “(...) el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de los recursos naturales no renovables en un monto no menor a los del concesionario que los explota”.

Para tal efecto, se debe incluir dentro de ese cálculo, de conformidad con lo establecido en el artículo 93 de la Ley de Minería:

“(...) 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.” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

CAPÍTULO III

3. DELITOS MINEROS

Juan Ramírez Bustos (1997, p. 58), determina que el bien jurídico protegido en los delitos mineros es precisamente la colectividad, lo cual genera una noción básica de protección a un interés global; concepto que llevado a la práctica del Derecho Penal, genera la concepción de protección a bienes jurídicos difusos o difundidos.

Asimismo, es importante determinar que los delitos mineros mantienen una estrecha vinculación tanto con el Derecho Penal como con el Derecho Minero, ya que representan una combinación de estas dos ramas, cuyo fin principal es el de precautelar el bien jurídico protegido por el Estado.

Según Ossa (2012, p. 79) derecho minero es:

“Un conjunto de principios y preceptos especiales que rigen las concesiones exclusivas para explorar o para explotar las sustancias minerales susceptibles de aprovechamiento para cualquier persona, regulando su constitución, naturaleza, ejercicio y extinción, como también algunos de los actos, contratos y litigios que se refieren a ellas (sustancias minerales) y a la industria minera o actividad minera”.

Por otro lado, el Art. 1 del Código Orgánico Integral Penal, publicado el 10 de febrero de 2014 y que entrará en vigencia en agosto del presente año, determina como finalidad de la regulación penal, la siguiente:

“(…) normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente)

Ante esto, debemos destacar como antecedente relevante, el factor esencial que considera a la condena penal como ultima ratio, razón por la cual para ejecutar cualquier sanción dentro de este ámbito, se precisa sine qua non, encontrarse tipificado tanto el delito como la pena en la normativa regulatoria, por lo que podríamos decir que el principio de legalidad, representa aquel cimiento sobre el cual se enraíza y sustenta el Derecho Penal-Minero. En el caso en concreto, este principio constituye el fundamento de aplicabilidad originado en dos ramas del derecho (Derecho Minero y Derecho Penal), porque el segundo suple las necesidades sancionadoras que el primero no puede lograr por sí solo, siendo la única rama a la se le atribuye un poder punitivo por no resultar suficientes los mecanismos extrapenales.

Con estos antecedentes, se debe considerar al derecho penal como la herramienta más eficiente para modificar conductas, puesto que el derecho minero tiene la limitación de establecer únicamente sanciones administrativas, mas no privativas de libertad, de manera que cualquier persona, al cometer un ilícito en contra de la minería, siempre pensará que es más sencillo pagar una multa que ser llevado a la cárcel. Por eso Arellano & Albornoz (2011, p. 164), coinciden con este pensamiento y reiteran que “el derecho penal es la herramienta más adecuada para sancionar los ataques a este singular bien jurídico (minería).”

Para entender el alcance de esta rama relativamente nueva en el derecho, atañe regresar a temas de carácter general de derecho penal como: ¿qué es un delito?, ¿qué es la culpa?, ¿qué es el peligro para la doctrina?; fundamentos que nos permitirán abordar el tema de los ilícitos mineros (explotación ilegal de minerales, saber si es culposa o dolosa, comercio clandestino de sustancias minerales e invasión de áreas mineras). Esto ayudará a entender si las normas penales que sancionan los delitos mineros son realmente eficaces y si cumplen su propósito en la sociedad.

3.1. Elementos jurídicos del delito

Desde las concepciones primitivas, pasando por el derecho penal alemán moderno, del que se nutren varias legislaciones en América Latina, en un proceso largo de decantamiento, superación y selección de conceptos. Podemos decir, desde una perspectiva moderna, que delito es toda acción típica antijurídica y culpable.

Un delito penal es un acto punible, prescrito por la ley y con una sanción determinada; así el Código Orgánico Integral Penal, (Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador: R.O. No.180) menciona que infracción penal es la conducta típica, antijurídica y culpable.

De acuerdo con Carrera (2012, p. 73), se define al delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.”

Por otro lado, Valladares (2013, p. 23) dice que “al imponer la pena como sanción especial, que se suma a cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, convierte a la conducta prohibida en delito”.

Como antecedente previo para abordar el estudio delictivo en concreto, mediante un recordatorio de los elementos esenciales que conforman la teoría del delito, es importante tomar en consideración dos aspectos generales de la tipicidad, el primero negativo, que hace referencia a sus causales de exclusión; el segundo positivo, concerniente a un análisis de tipo subjetivo (establecer si la conducta fue realizada con dolo, culpa o preterintención) y de tipo objetivo (determinación de los elementos propios constitutivos del tipo penal como es el verbo rector y los sujetos).

Dentro del aspecto negativo, como se mencionó, observamos la existencia de alguna causal que excluye al sujeto que efectúa el probable hecho punitivo, convirtiéndolo en ininputable; por lo que resulta importante mencionar y definir

brevemente qué es la imputabilidad desde la perspectiva de Aguirre (2012, p. 154)

“La imputabilidad implica que una persona entiende que su accionar afecta los intereses de otros; por lo tanto, adapta su conducta a dicho entendimiento. Si el individuo carece de esa comprensión, resulta inimputable y, por lo tanto, no es penalmente responsable del daño que causa”.

Los requisitos básicos para que haya imputabilidad son el conocimiento y la voluntad; Valverde (2011, p. 38) enseña que “(...) el primero implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico”

De esta manera, tanto el elemento cognoscitivo como el volitivo resultan indispensables para identificar la imputabilidad en un sujeto activo, porque deberá tener el conocimiento de que la acción que realiza es incorrecta, y que por tanto tiene una sanción; pero así también hay una voluntad de realizar esa acción que conlleva un daño para el sujeto pasivo.

Herrera (2012, p. 155), dice que los cuatro elementos constitutivos del delito para que éste sea imputable son:

1. El delito como acto, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana; los 3 elementos restantes son calificaciones de esa conducta, son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto.
2. Acto típico- Conducta previamente establecida y expresamente descrita por la normativa Penal vigente.
3. Antijurídico- porque esta conducta es contraria al derecho, lesiona un bien jurídico penalmente protegido; descrito por el Código Orgánico Integral Penal el mismo que al respeto nos manifiesta:

“Art. 29.- Antijuridicidad.- Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código.”

4. Acto culpable porque, desde el punto de vista subjetivo, ese acto le puede ser imputado y reprochado solo a su autor. El Código Orgánico Integral Penal al respecto nos manifiesta:

“Art. 34.- Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta” (Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador: R.O. No.180).

Para saber si efectivamente es una conducta delictiva, deben concurrir estos cuatro elementos, de lo contrario, no existe delito ni responsabilidad penal. Esta es la estructura más aceptada en la doctrina, sin embargo, hay autores que cuentan a la tipicidad y a la antijuridicidad como un solo elemento y otros que agregan a la punibilidad como otro elemento separado del delito.

En los delitos mineros, la norma debe requerir para que se consuma el delito como tal, una acción deliberada del autor cuya intención sea efectivamente efectuar la acción punible, es decir, la existencia de un dolo directo.

3.2. Los sujetos del delito penal

En la mayoría de tipos penales, especialmente aquellos que requieren la ejecución de una acción, se reconocen dos tipos de sujetos: uno activo y otro pasivo.

3.2.1. Sujeto Activo del delito minero

Para Herrera (2012, p. 168), el sujeto activo de un delito es:

“(…) el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia, sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos, un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto

en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir”.

Es decir, el sujeto activo será siempre quien ejecute el delito en contra del sujeto pasivo; en ambos casos pueden ser varios los agentes afectados o que realicen la conducta ilícita respectivamente. Por otro lado dentro del tema en concreto, al existir una conducta ilícita en el área minera y al ser éste un bien cuya propiedad le pertenece inalienable, imprescriptible e inembargablemente al Estado en su dimensión social, el desmedro al bien jurídico tutelado afectaría a todos los ciudadanos.

Las personas jurídicas pueden ser consideradas como sujetos potenciales de delitos, en especial de aquellos que se perpetran en contra de la naturaleza. Ante esto, Morales (2012, p. 73) dice que “muchos delitos se cometen no sólo para beneficiar a personas jurídicas, sino que se cometen a través de ellas, utilizando sus dependencias, personal, documentos y facilidades”.

Sin embargo, creo que es pertinente mencionar que las personas naturales son quienes poseen plena responsabilidad para actuar en nombre de una persona jurídica, por lo que a fin de cuentas se castiga a la persona natural y no a la sociedad como tal.

Ahora bien, restringido a las personas naturales, subsiste la interrogante respecto a quienes mantienen la calidad de sujeto activo de un delito minero; De esta manera estableceremos como sujeto activo de cualquier delito minero a la “sociedad en general”, entendiéndose que no son necesarios, como para otros delitos, cualidades personales especiales, como es el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos, dentro del que el sujeto activo tiene que poseer tal atributo.

3.2.2. Sujeto Pasivo del delito minero

Herrera (2012, p. 168), dice que el sujeto pasivo es:

“(…) el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o pueden ser varias. Aunque en el lenguaje criminológico suele llamársele víctima, este concepto puede en algunos casos no coincidir inevitablemente con el sujeto pasivo. Así, por ejemplo, a una persona que se le sustrajo un bien será la víctima, pero el bien no le pertenecía y el dueño del mismo será el sujeto pasivo” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente).

El Sujeto Pasivo representa al titular del bien jurídicamente tutelado, es decir, es siempre aquél cuya propiedad o derecho se agravia con el correlativo perjuicio patrimonial.

Para Morales (2012, p. 89) los sujetos pasivos de un delito son los siguientes:

“a) La persona natural: cualquiera sea su edad, condición o capacidad jurídica puede verse lesionada en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular: la vida, la salud, la honra, la libertad y la propiedad.

b) El Estado: también puede ser lesionado en aquellos bienes jurídicos propios de su naturaleza, como son la seguridad interna, la correcta administración pública, etc.

c) La comunidad: en ciertos delitos no hay persona natural o jurídica que resulte directamente lesionada por la actividad delictiva. Se trata de casos en que el delito afecta a bienes jurídicos de carácter general o común, en todo caso supraindividuales, pues su titular no es una persona en particular, sino la comunidad en su conjunto. Tales son, en el ámbito tradicional, los delitos contra la seguridad pública, la salud pública o la moral pública; pero también los nuevos delitos mineros, ambientales y económicos, etc.

d) La naturaleza: juristas vinculados a los movimientos ecológicos sostienen la posibilidad de reconocer a la naturaleza como titular de derechos, con autonomía de ciertos derechos que podrían ser

lesionados penalmente a través de delitos de destrucción de biosistemas, extinción de flora y fauna, etc.”

En el caso en concreto, determinaremos al sujeto pasivo del delito minero primordialmente al Estado (en representación del pueblo) por constituir éste un bien cuya propiedad es inalienable, imprescriptible e inembargable del mismo y a su vez a los titulares de derechos adquiridos y validados mediante una concesión minera, contrato de prestación de servicios o contrato de explotación.

3.3. Código Orgánico Integral Penal.

Se ha promulgado el 10 de febrero de 2014 el Código Orgánico Integral Penal, mismo que, en su sección quinta, considera los delitos contra los recursos naturales no renovables y en específico los delitos contra los recursos mineros, determinando, en el artículo 260, lo siguiente:

“ Actividad ilícita de recursos mineros.- La persona que sin autorización de la autoridad competente, extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En caso de minería artesanal será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si producto de este ilícito se ocasionan daños al ambiente, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente).

Sin embargo de lo cual, es imprescindible destacar que la normativa citada entrará en vigencia solamente, a partir del mes de agosto de 2014 y que además, contiene a nuestro criterio, una gran falencia al no descomponer el delito y su respectiva sanción a la distinción de la tipología del mineral extraído ilegalmente del yacimiento, es decir, establecer, de forma diferenciada, una

explotación ilegal de minerales metálicos de una de no metálicos o de materiales de construcción. Este tema será analizado posteriormente.

3.4. Delitos Mineros

3.4.1. Explotación ilegal de Minerales

La ley de minería expresa, en su artículo 56, lo siguiente:

“Incurrirán en explotación ilegal de sustancias minerales quienes realicen las operaciones, trabajos y labores de minería en cualquiera de sus fases sin título alguno para ello o sin el permiso legal correspondiente” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

El bien jurídico tutelado en el delito de explotación ilegal de minerales es el derecho que posee el Estado, como único titular, para beneficiarse de la extracción de los productos del subsuelo dentro del territorio ecuatoriano; su incumplimiento podría derivar no solo en el desmedro al mandato expreso preestablecido, sino también causar un perjuicio económico por la falta de pago de la correspondiente regalía estatal, además de un usual daño ambiental pues difícilmente se ejecutará un plan de remediación ambiental y un plan de compensación social.

Entenderíamos entonces que cualquier persona, sea esta natural o jurídica, que realice alguna actividad o labor relacionada con la extracción de sustancias minerales sin poseer título de concesión minera, sin haber suscrito los contratos de explotación o de prestación de servicios, según corresponda, estaría incurriendo en el delito de explotación ilegal de minerales, ya que no se le ha concedido derecho alguno para apropiarse de éstos y, sobre todo, por violentar un mandato expreso, que prohíbe la adquisición de dichas sustancias sin previa autorización.

Al ajustar su conducta a la norma preestablecida en el artículo 56 de la Ley de Minería, la actividad extractiva se convierte en ilegal y adecúa el acto al delito

tipificado actualmente en el artículo 260 del Código Penal Integral. Sin embargo, debemos destacar dos hechos relevantes:

1. El actual Código Penal, no estipula en sí sanción alguna para el delito de explotación ilegal de minerales, y;
2. El Código Orgánico Integral Penal, tipifica dentro de sus verbos rectores a la explotación ilegal, sancionando el ilícito con una pena privativa de libertad que varía entre 5 a 7 años, pero que entrará en vigencia a partir de Agosto del 2014, lo cual implica que en la actualidad resulta imposible ejecutar el delito en concreto.

En adición a esto y siendo imprescindible determinar si el acto punible al que hacemos referencia es en sí doloso o culposo, consideraremos que el dolo posee siempre inmerso una intención de causar daño; por otro lado, la culpa, también conocida dentro de la doctrina como “imprudencia”, se dirige a infringir el deber objetivo de cuidado, ocasionando así un resultado dañoso tipificado como infracción.

En este caso, difícilmente podemos adecuar el delito dentro de un acto meramente culposo, pues la explotación ilegal carece de un deber objetivo de cuidado y sobre todo el resultado típico no debe estar comprendido por la voluntad del sujeto activo; sin embargo, para realizar cualquiera de las fases comprendidas dentro de la actividad minera (exploración, explotación, beneficio, fundición, refinación, comercialización y cierre de las minas), siempre existirá la pretensión de adquirir y apropiarse de dichas sustancias minerales. Al existir una intención expresa de apropiarse del bien y sobre todo lucrar de dicha adquisición, existe aquel elemento volitivo que constituye al acto punible como doloso.

3.4.2. Comercio Clandestino de Sustancias Minerales

3.4.2.1. Comercialización de Sustancias Minerales:

Definiremos a la comercialización como el conjunto de acciones encaminadas a realizar un intercambio de bienes y cuyas funciones principales son la compra, venta, transporte y almacenamiento de los productos minerales extraídos.

La legislación Ecuatoriana a través de la Ley de Minería establece la obligación taxativa de adquirir una licencia de comercialización para toda persona natural o jurídica que carezca de una concesión minera y cuya actividad sea la comercialización y exportación de sustancias minerales metálicas o la explotación de sustancias minerales no metálicas, excluyendo a los artesanos de joyerías. Esta licencia tiene una característica de intransferible y renovable, con una vigencia de tres años.

Asimismo, se constituyen como obligaciones de los comercializadores de acuerdo al artículo 53 de la Ley de Minería, las siguientes:

“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, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Finalmente, con la finalidad de verificar, controlar y precautelar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley, la Agencia de Regulación y Control

Minero mantendrá un registro de comercializadores de sustancias metálicas y exportadores de sustancias metálicas y no metálicas.

3.4.2.2. Comercio Clandestino:

La norma vigente estipula en el artículo 55 de la Ley de Minería al comercio clandestino, en los siguientes casos:

“a) Los titulares de concesiones mineras que comercien internamente sustancias minerales metálicas o exporten minerales metálicos o no metálicos de otras concesiones, sin la licencia exigida en el artículo 50; y;

b) Los productores mineros que vendan sustancias minerales metálicas a personas o entidades no autorizadas para su comercialización.” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Podríamos decir que el comercio clandestino o ilegal se origina por un lado en la inobservancia al mandato establecido por la Ley de Minería respecto a la adquisición de la licencia de comercialización de minerales; y por otro lado del acto voluntario de ejecutar la transacción respecto de los bienes inalienables del Estado con la omisión detallada previamente.

Esta acción fomenta actividades económicas sobre las que no existe control estatal como evasión de impuestos, contrabando de insumos, fuga de capitales, entre otras.

El sujeto activo en el presente delito es toda personas natural o jurídica que carezca de una la licencia de comercialización otorgada por el Ministerio Sectorial, y particularmente aquellos titulares de concesiones mineras que comercialicen sustancias minerales obtenidas en áreas ajenas a las de su concesión, siendo así el sujeto pasivo el Estado o la persona (natural o jurídica) a quien éste haya delegado el derecho extractivista.

Asimismo, determinamos la existencia de un acto meramente doloso, puesto a que con la violación a la norma se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia de que se quebranta el deber de obtener una autorización estatal para esta actividad y con voluntad de realizar la acción.

Por otro lado, respecto al incumplimiento, la Ley de Minería y su reglamento, establecen las multas que se hacen aplicables el momento que los titulares de concesiones o productores infrinjan esta norma, constituyéndose éstas en sanciones meramente pecuniarias y administrativas.

“Art. 57.- Sanciones a la actividad minera ilegal.- La actividad minera ilegal ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos de personas, nacionales o extranjeras, sin contar con los títulos, autorizaciones, permisos o licencias, será sancionada conforme las prescripciones de este artículo, sin perjuicio de las aplicables en los ámbitos ambiental, tributario o penal, a las que hubiere lugar...” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Es importante mencionar que el artículo 57, determina expresamente la posibilidad de ejecutar sanciones penales para la actividad mineral ilegal, a pesar de lo cual ni el artículo 55 de la Ley de Minería, citado previamente, ni el Código Orgánico Penal vigente hasta la actualidad, contiene inmersa en sí la sanción alguna para el delito de comercio clandestino, por lo cual nuevamente nos encontraríamos frente a la encrucijada de un vacío legal que deriva en la clara inejecutabilidad del delito objeto de análisis.

3.4.3. Invasión minera

Para iniciar, definiremos a la invasión como el acto de penetrar un bien inmueble careciendo del consentimiento de su dueño y sin derecho alguno.

El artículo 65 de la Ley de Minería determina respecto a la invasión minera lo siguiente:

“Los que con el propósito de obtener provecho personal o de terceros, individual o colectivamente, invadan áreas mineras especiales, concesionadas y aquellas que tengan permisos artesanales, atentando contra los derechos del Estado o de los titulares de derechos mineros, serán sancionados con una multa de doscientos salarios básicos unificados, el decomiso de herramientas, equipos y producción obtenida, sin perjuicio de la demanda de amparo y de las sanciones penales que el caso requiera” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Al respecto encontramos en este artículo que los sujetos activos citados en esta norma son las personas naturales o jurídicas que invadan áreas mineras sin sus respectivos permisos; así mismo, como sujeto pasivo, encontramos al Estado o el titular de un derecho minero delegado por éste mediante una concesión, contrato de prestación de servicios o contrato de explotación.

Se determina como respaldo administrativo para imposibilitar o detener el ejercicio ilegal de actividades mineras a la interposición de un Amparo Administrativo ante la Agencia de Regulación y Control Minero, por parte del titular del derecho. Sin embargo y al igual que en los dos casos citados previamente, el Código Penal vigente no contempla sanción privativa de libertad, que respalde el derecho del o concesionario y que evite de manera acertada la transgresión de la norma.

3.5. Delitos contra la Propiedad inmersos en el actual Código Penal

Jorge Zavala Baquerizo (1998, p. 7) expresa que todos los delitos contra la propiedad inciden sobre cosas corporales pese a que, en ciertos casos, se podría afirmar que la ley penal se refiere también a lo que el Código Civil denomina “cosas incorporales”, como cuando se habla del “despojo de un derecho de uso (...)”.

Asimismo, expresa que el delito constituye en sí, una limitación a la propiedad, sin que esto signifique la inexistencia de la propiedad como derecho, pues ésta se entendería incólume aunque la cosa que constituye objeto de propiedad haya sido, por ejemplo, hurtada o robada.

Sin embargo de lo mencionado, es imprescindible destacar para nuestro estudio, que es esencia del Derecho Penal la protección de los derechos subjetivos y comunes, sin determinar como similitud entre todos los delitos contra la propiedad, la obligatoria existencia de la posesión sobre un objeto corporal, pues dicha característica podría representar únicamente una cualidad del delito.

En fin, para efectos de determinar la falta de ejecutabilidad en cada uno de los delitos determinados por la Ley de Minería y analizados previamente, así como establecer la importancia de que éstos sean considerados con sus propias características, analizaremos brevemente algunos de los delitos contra la propiedad que pudieran encausar una posible sanción para los actos punibles mineros.

3.5.1. Usurpación

La usurpación es un delito de apropiación por medios materiales, que recae sobre inmuebles o derechos reales, es por ello que en este tipo de delitos no es conveniente hablar de la existencia de una “sustracción” como en el caso de los delitos de hurto o robo.

En nuestro país el delito de usurpación es tipificado por el actual Código Orgánico Penal, en su artículo 580:

“Será reprimido con prisión de un mes a dos años:

- 1.- El que por violencia, engaño o abuso de confianza despojare a otro de la posesión o tenencia de bien inmueble, o de un derecho real de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis, constituido sobre un inmueble;

2.- El que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; y,

3.- El que, con violencias o amenazas, estorbare la posesión de un inmueble” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente).

En el delito de usurpación, la persona que ha despojado a otra de la posesión o tenencia de un bien inmueble es el sujeto activo del delito, siendo así el sujeto pasivo la persona natural o jurídica afectada. Los delitos de usurpación son a su vez delitos de apropiación por medios materiales.

En relación con la culpabilidad, se encuentra la existencia de dolo directo, debido a que se halla implícito en la descripción típica el ánimo de apropiación o de señor y dueño, a pesar de que no consolidará la plena propiedad por la existencia de un sistema registral aplicable a la propiedad raíz y a los derechos reales en general.

En caso de que se procurara obtener una sanción eficaz para los delitos mineros mediante el análisis del delito de usurpación, será imprescindible considerar ciertos hechos relevantes:

1. Al hablar de usurpación en el área minera, haríamos referencia a la usurpación del terreno superficial o bien inmueble donde radica el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado, así como el derecho de los titulares de una concesión, contrato de explotación o contrato de prestación de servicios;
2. Debe obligatoriamente existir una distinción entre en terreno donde se localiza un yacimiento minero y el derecho al aprovechamiento de sus minerales; y
3. Hablaríamos del despojo de un derecho real (además determinado en la actualidad como un derecho personal dentro del área minera), es decir a la facultad exclusiva para explorar y explotar el terreno donde se localiza

la mina; pero no consideraríamos bajo ningún precepto acciones como refinación, fundición o comercialización de las sustancias obtenidas por recaer sobre bienes muebles.

Bajo estos preceptos podemos establecer que la usurpación en la minería podría afectar la facultad más propia que tiene el titular de un derecho minero para apropiarse de dicho material localizado dentro de la extensión territorial pertinente, mediante su extracción o separación del yacimiento natural por cualquier medio, así como afectar cualquiera otra de las facultades exclusivas del Estado; sin embargo, no constituye un mecanismo idóneo de sanción para el delito de explotación ilegal ni de comercio clandestino de sustancias minerales pues no resulta aplicable para bienes muebles, es decir, los minerales.

3.5.2. Robo y Hurto

Cuando se trata del delito de robo se debe hacer hincapié que este debe ser realizado con varios componentes entre ellos con violencia, el Código Orgánico Penal manifiesta al respecto en el artículo 550:

“El que, mediante violencias o amenazas contra las personas o fuerza en las cosas, sustrajere fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse, es culpable de robo, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo, o después de cometido para procurar su impunidad” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente).

Analizando dicho artículo hay que señalar que el robo es el apoderamiento de cosa ajena a través de la violencia con amenazas o intimidación, el sujeto activo es el autor del delito, el sujeto pasivo es el afectado puede ser una persona jurídica o natural.

Por otro lado, el hurto es un delito de resultado, es decir, la manera inapropiada de adquirir algún bien sin violencia. Se consuma con la adquisición del objeto sustraído, adquiriendo como cuasi propietario la disponibilidad sobre éste. Esto

supone, en consecuencia, que el comportamiento del agente se desarrolla en dos fases: primero, la sustracción sin violencia y, el segundo, el apoderamiento.

Conforme al tipo legal del hurto el Código Penal nos manifiesta, Art. 537

“Son reos de hurto los que, sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse.

Además, son considerados como reos de hurto los individuos de reconocida conducta delictuosa, que habitualmente se dedicaren a la comisión de delitos contra la propiedad y que se hallaren registrados como tales en las Oficinas de Seguridad del Estado. La pena para esta clase de delincuentes será de uno a tres años de prisión” (Código Orgánico Integral Penal, 2014 R.O. No.180, 10 de febrero de 2014. Estado: Vigente).

Una vez, que se ha especificado el alcance tanto del hurto como del robo, en nuestra legislación; realizaremos un análisis tipológico a fin de establecer la posible ejecutabilidad de los delitos mineros, mediante la adecuación de éstos a los tipos penales antedichos:

1. Invasión de Áreas Mineras: Tanto el robo como el hurto, son infracciones consistentes en la sustracción de bienes muebles ; por lo que carecen de aplicabilidad para el delito de invasión de áreas mineras, cuyo objeto esencial es precautelar los derechos de los titulares mineros o del Estado en el ejercicio de explotación dentro de una concesión minera.
2. Explotación Ilícita: Una vez que se separa la sustancia minera del yacimiento sólido, dicho material se transforma en un bien mueble; a pesar de esto la explotación ilícita de sustancias minerales, conceptualizada como tal, hace referencia a la ejecución de trabajos extractivistas en cualquier fase, mientras que tanto el robo como el hurto centralizan el nivel punitivo a la acción de sustraer (retirar, apartar, separar), por lo que, los trabajos ilegales y sin autorización realizados

por una persona natural o jurídica en la fase de exploración, beneficio, fundición y refinación, difícilmente podrían ser sancionados; convirtiendo de esta manera, a los delitos de robo y hurto en inaplicables como sanción efectiva para la explotación ilegal de minerales.

3. Comercio Clandestino: hace referencia al intercambio de bienes muebles sin la correspondiente licencia conferida por autoridad competente, que autorice para realizar dichas transacciones mercantiles. Es por esto que como sus verbos rectores se considera la acción de “comerciar”, mismo que contiene un significado y alcance completamente distinto al de “sustraer” minerales; con lo cual se denota una falta de aplicabilidad dentro de los delitos de robo y hurto.

3.5.3. Delitos Ambientales:

El artículo 607 A, determina lo siguiente:

“Será sancionado con prisión de cinco a siete días, y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América, todo aquel que:

- a) Contamine el aire mediante emanaciones superiores a los límites permitidos de los escapes de los vehículos;
- b) Acumule basura en la vía pública, en terrenos o en los frentes de las casas o edificios;
- c) Haga ruido por falta de silenciador de su vehículo o a través de equipos de amplificación a alto volumen que alteren la tranquilidad ciudadana; o,
- d) Arroje desperdicios o aguas contaminantes, destruya la vegetación de los parques o espacios verdes, en los casos en que tales actos no constituyan delito” Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014.

Una vez establecido el alcance de las sanciones ambientales, debemos considerar el precepto de que no todo delito minero, ocasiona de por sí un perjuicio ambiental, en varios casos podríamos hablar netamente de un daño pecuniario, por lo que este mecanismo no constituye una manera punitiva idónea y eficaz para efectuar una sanción ante una explotación ilegal de minerales, comercio clandestino de sustancias minerales o invasión de áreas mineras.

CAPITULO IV

4. GRADACION DE LA PENA

Por supuesto, el tema elegido para el análisis se encuentra colmado de dificultades teóricas y prácticas, tanto en los distintos derechos positivos como en la doctrina y en la jurisprudencia, los estudiosos de diversas nacionalidades proclaman hoy la necesidad de manejar en esta rama del saber reglas y criterios jurídicos racionalmente controlables y por ende, no discrecionales (Ávila, 2008).

Eso, explica el empeño de algunos tratadistas encaminados a construir una nueva rama del saber jurídico dotada de plena autonomía, el derecho de las sanciones o de las consecuencias jurídicas buscando, sin duda, ponerle fin al azar y a la arbitrariedad, tan comunes en la práctica judicial de nuestro país cuando se trata de esta materia.

El tratadista Zaffaroni (1983, p. 49), menciona:

"En pocas materias penales el magistrado latinoamericano está más abandonado a su suerte por la doctrina que, cuando una vez probado un delito y calificado penalmente el mismo, debe cuantificar la pena a imponer. Pareciera que allí termina la doctrina y se cae de pleno en terreno de las meras consideraciones personales, subjetivas, intuitivas, es decir, en la arbitrariedad que es incapaz de controlar y corregir cualquier instancia judicial, porque está falta de sustento racional".

Desde luego se observa, que no se trata tan solo de elaborar una simple "penometría gradual", sino de construir un derecho que contribuya al fortalecimiento de la seguridad jurídica y de las garantías individuales, más allá de los meros problemas prácticos de determinación, medición y gradación de la pena, contando con la concurrencia de aspectos constitucionales, procesales y

criminológicos en esa realización jurídica, de tal manera que sea posible el impulso y desarrollo de una verdadera dogmática de la medición de la pena, gestada gracias a la tarea conjunta de jueces, legisladores y estudiosos. (Velásquez, 1991).

Cabe realizar un análisis breve con las diferentes legislaciones internacionales que se manifiestan al respecto de la gradación o proporcionalidad de la penas con sus diferentes puntos de vista, haciendo un examen atento en el derecho comparado, que enseña que las formas de regular el sistema en los distintos códigos penales.

Sobre ello Zaffaroni (1983, Tratado, tomo V, págs. 275) señala los siguientes caminos legales:

“(…) los que ofrecen un complejo sistema métrico, pseudoaritmético, compuesto de grados, circunstancias, etc. de manera que el juez queda reducido a realizar una especie de operación aritmética; aquellos que dejan el problema absolutamente en manos del libre arbitrio judicial, a fin de que el juez pueda valorar por sí mismo las circunstancias personales y fácticas que concurran en el autor y en el hecho; sistemas que indican unos criterios orientadores no vinculantes que le sirven al juez como orientación para individualizar la pena. Y, finalmente, sistemas en los cuales se establecen unos máximos y unos mínimos legales, acompañados de unas reglas de medición que dejan al juez un campo razonablemente amplio para la medición”.

En primer lugar, debe mencionarse el Código Penal alemán cuya Parte General fue introducida en 1.969 y se encuentra vigente desde 1.975, el cual establece lo siguiente en el art. 46 que se encuentra ubicado dentro del Título Segundo dedicado a la cuantificación legal de la pena, (Velásquez, 1991):

"Principios de la medición de la pena.

1.- La culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena. Se deben tener en cuenta las consecuencias que son de esperar de la pena, para la vida futura del autor en sociedad.

2.- En la medición el Tribunal sopesará las circunstancias que hablen a favor y en contra del autor. Al efecto se tomarán especialmente en cuenta: los motivos y los fines del autor; la actitud que deriva del hecho, y la voluntad empleada en él; el grado de infracción al deber; la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho; la vida del autor anterior a la comisión del hecho, sus relaciones personales y económicas, así como su comportamiento con posterioridad al hecho; sus esfuerzos encaminados especialmente a reparar el daño causado, y el denuedo del autor dirigido a alcanzar un acuerdo indemnizatorio con la víctima.

3.- Las circunstancias que son ya características del supuesto de hecho legal, no pueden ser tenidas en cuenta".

La fórmula alemana, con ligeros cambios en su redacción, ha sido copiada por la legislación paraguaya de 1.997 al expedir su Código Penal, vigente desde 26 de noviembre de 1.998 (Velásquez, La determinación de la pena en el estatuto de la corte penal internacional, 2004).

Por su parte, el Código Penal austriaco de 1.975 en el Título IV, destinado a la cuantificación o gradación de la pena siguiendo parcialmente el prototipo alemán, consagra los principios generales en esta materia en el art. 32, en cuyo párrafo primero se afirma que la culpabilidad del autor es el fundamento para la cuantificación o gradación de la pena, sin mencionar los fines preventivo especiales que, sin embargo, parecieran encontrar asidero en los artículos 41 y 42 (principio de necesidad que implica la aplicación de la pena adecuada), excluyendo en todo caso las consideraciones preventivo-generales. En el párrafo segundo, dispone que la tasación se deba hacer teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación consagradas dentro del

texto citado (Velásquez, La determinación de la pena en el estatuto de la corte penal internacional, 2004).

En tercer lugar, el Código Penal argentino (texto conforme a la ley N° 11.221), al ocuparse del asunto en los artículos 40 y 41, disponen inicialmente la necesidad de fijar condenas sustentadas en los atenuantes y agravantes que corresponda a cada tipo, estipulando además:

Art. 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1.- La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2.- La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso".

Esta previsión legal, tiene sus parentescos con el Positivismo Ferriano; que son inobjetables, la misma que se ha entendida en el sentido de que el juez debe tener en cuenta a la hora de imponer la pena tanto el ilícito culpable; es decir el ilícito o injusto y culpabilidad, son conceptos graduables como la personalidad del agente, al compás de los principios del acto o del hecho, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad.

Manteniendo el contexto Zaffaroni (1983, p.314):

"La referencia puede identificarse con lo que actualmente se denomina "co-culpabilidad", es decir, aquella parte de la culpabilidad por el hecho con que debe cargar la sociedad, en razón de no haberle brindado las posibilidades que hubiesen ampliado su ámbito de au

todeterminación. Por otra parte, a este respecto, cabe tener presente que la miseria no sólo puede reducir la culpabilidad, sino que puede motivar una conducta dirigida a salvar otro bien jurídico, aunque sin que se den los requisitos del estado de necesidad"

Asimismo, el Código penal italiano (decreto real, 1930), en el Título Quinto dedicado a la "Modificación, aplicación y ejecución de la pena", contempla al poder discrecional del juez para la aplicación de la pena, siempre que se motive el uso de dicho poder y que no exceda los límites fijados por la ley, además señala lo siguiente:

"Art. 133. Gravedad de la infracción. Apreciación para los efectos de la pena. En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo anterior, el juez deberá tener en cuenta la gravedad de la infracción, deduciéndola:

1) De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;

2) De la gravedad del daño o del peligro ocasionados a la persona ofendida por la infracción;

3) De la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez también deberá tener en cuenta la capacidad del culpable para delinquir, deduciéndola:

1) De los motivos para delinquir y del carácter del reo;

2) De los antecedentes penales y judiciales del reo y, en general, de la conducta y la vida de éste, anteriores a la infracción;

- 3) De su conducta contemporánea al delito, o subsiguiente a este;
- 4) De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

Naturalmente, esta regulación, al posibilitar disímiles interpretaciones, dista mucho de ser precisa y clara como para tenerla de prototipo de previsión legal.

En quinto lugar, el Código Penal español de 1.995 (Ley orgánica del Código Penal. (1995). pp. 33987 a 34058), no trae una norma tan amplia como la de los Códigos ecuatoriano, argentino y peruano; sin embargo, en Art. 66 de manera muy similar al Art. 61, 4ª del C. P. de 1.973: "la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente" (Ferrajoli, 1999, p. 10), señala diversas reglas, en la primera de las cuales dispone:

"Art. 66. En la aplicación de la pena, los Jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia".

De aquí se infiere, sin duda, que se debe atender tanto a las circunstancias personales del delincuente como a la mayor o menor gravedad del hecho, pautas que también se desprenden de los Arts. 65.1 y 4 apartado tercero; asimismo, en los Arts. 21 y 22 se prevén las circunstancias de atenuación y de agravación (Velásquez, Los criterios de determinación de la pena en el C. P. Peruano de 1991, 1991).

Ahora bien, al vigente sistema español se le podrían adjudicar las siguientes notas: en primer lugar, a diferencia de la legislación anterior, no divide las penas en grados sino que señala la duración máxima y mínima de cada una de ellas; en segundo lugar, permite que el juez se mueva con libertad a la hora de

elegir la cantidad de pena si no concurren circunstancias de agravación o de atenuación. En tercer lugar, como ya se dijo, establece un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sean atenuantes o agravantes; y, finalmente, en cuarto lugar, señala también de manera taxativa los efectos punitivos que tiene la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos (Velásquez, Los criterios de determinación de la pena en el C. P. Peruano de 1991, 1991).

En sexto lugar, debe mencionarse el modelo colombiano plasmado en el Código Penal (Ley 599, Diario Oficial No 44.097 de 24 de julio del 2000), susceptible de ser ubicado como una fórmula mixta. En efecto, así sucede en los Arts. 59 a 61 (a los que acompaña un amplio listado de las circunstancias de mayor y de menor punibilidad, en los Arts. 55 y 58), que es pertinente transcribir (Velásquez, Los criterios de determinación de la pena en el C. P. Peruano de 1991, 1991).:

"Artículo 60.- Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

- 1.- Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.
- 2.- Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.
- 3.- Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.
- 4.- Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.

5.- Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Artículo 61.- Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintencional o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda".

Finalmente, es importante mencionar que en el ámbito del Derecho Penal, el principio de gradación, proporcionalidad, en el sentido amplio, tiene un significado mucho más restringido, pero no menos importante, que en el ámbito procesal penal o en el Derecho Minero.

De la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que se persigue a través de las mismas es único, busca la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro o a través de la amenaza penal. Ya que este fin será alcanzado a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo.

Se debe tomar en cuenta que el establecimiento de la gradación por el legislador, los jueces y la administración no está exento de problemas. En el derecho ecuatoriano no se han establecido parámetros de gradación de penas, contemplando únicamente la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes, así como la obligatoriedad constitucional de motivar, en sentencia, la pena establecida; sin embargo, para caso de los delitos mineros, consideramos como necesidad taxativa el realizar una consideración respecto a la clase de minerales extraídos ilícitamente y constituyentes de la tipología de cada delito, es decir, si por ejemplo se ha explotado de manera ilegal materiales de construcción, minerales no metálicos, minerales metálicos base o minerales metálicos preciosos, considerando igualmente que el valor de los mismos influye de manera indudable en el perjuicio ocasionado.

Para un mejor entendimiento del problema es pertinente analizar la materia expuesta en capítulos anteriores, así como las diversas situaciones previstas en el Código Penal, Código Orgánico Integral Penal, Ley de Minería y su Reglamento General en estudio.

4.1. En la legislación ecuatoriana

En su libro “Fundamentos del Derecho Penal Ecuatoriano”, el Dr. Fernando Pérez Álvarez (2000, p13), hace referencia a los orígenes del Derecho Penal en el Ecuador, expresando que el inicio de la formalización del control punitivo en una organización social se remonta al tiempo de las primeras comunidades de pueblos ecuatorianos donde también se impartía justicia, conformando un “Derecho” que con el paso del tiempo fue incidido por sucesos cronológicos.

En la legislación ecuatoriana, la gradación de la pena ha sido adoptada como el sistema para apreciar la proporcionalidad dentro de un proceso judicial, la misma que es considerada como la formalización del razonamiento con sentido común y objetividad en el ámbito legal, permitiendo al juez valorar las pruebas y fundamentar su sentencia, en base a la lógica y experiencia adquirida en el ejercicio de su función.

Muestra de ello es la obra de César Beccaria (1979, p. 42), “De los delitos y de las penas”, en la cual, haciendo referencia a la pena establece que ésta debe ser “necesaria e infalible”, ya que estas dos características completan la idea de proporcionalidad; según el autor.

“El término “necesaria”, se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El término “infalibilidad” se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente”.

El Estado a través de sus autoridades, intenta cumplir con las expectativas que la sociedad tiene cifradas en ellos por el rol social que cumplen, utilizando al Derecho Penal como mecanismo de control social, lo cual se resume en poder y lo seguirá haciendo hasta que la sociedad descubra que sus expectativas naturales o plantadas en las conductas como normal, son la base de la selección de la criminalización.

Por lo tanto se ha logrado la gradación de las penas en delitos que afectan la seguridad pública, a la propiedad, etc, bajo una potestad discrecional amplia concedida a la sana crítica del juez y con consideraciones generales de atenuantes y agravantes.

4.2. En la ley de minería

La Ley de Minería (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517), ha considerado cuatro clases de minería: minería artesanal, la pequeña minería, la

mediana minería y la minería a gran escala; las cuales han sido conceptualizadas diferentemente, dependiendo de la cantidad de mineral procesado y de los capitales invertidos.

Para analizar las sanciones establecidas entre la Ley de Minería y El Código Orgánico Integral Penal, se parte de la definición previa de la gradación penal, es decir, fijar la que debe corresponder para cada delito y puntualmente para sancionar a los responsables de la Explotación Ilegal de Minerales, Comercio Clandestino de Sustancias Minerales e Invasión de Áreas Mineras, con la correspondiente diferenciación de si el acto delictual se practica respecto a minerales metálicos, minerales no metálicos y materiales de construcción.

4.2.1. Minerales metálicos

Para el autor Juan Bulness (1999, 76) define “Estos son de origen natural e inorgánico y se componen de uno o varios elementos químicos, siendo la fuente para obtener los metales, como cobre, plomo, zinc, hierro, uranio.”

Asimismo, el quipo MMSD América del Sur expone en el libro “Minería, Minerales y desarrollo Sustentable en América del Sur”, que conforme a las cifras de las reservas minerales en el año 1984, Ecuador tiene un gran potencial minero tanto en minerales metálicos como no metálicos; esto debido a la posición favorable en la Costa del Pacífico, a los indicios de oro aluvial en el drenaje de la cordillera, lo cual muestra que la fuente primaria de éstos se mantiene aún oculta y a consideraciones históricas como la explotación de Zaruma. (Equipo MMSD América del Sur, 2002, p. 447).

4.2.2. Minerales no metálicos.

Para el tratadista Juan Herrera Herbert (2013, P. 58);

“son considerados como minerales industriales, los mismos que están integrados por aquellos minerales, que no constituyen materia prima para la obtención de metales y que a su vez son la materia prima para

la elaboración de productos terminados como el cemento, cerámica, abonos y fertilizantes”.

En la minería no metálica, las actividades se concentran principalmente en la extracción de caliza para la producción de cemento y los materiales de construcción.

El artículo 26 del Reglamento a la Ley de Minería (Ley de Minería, Reglamento. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial Nro. 67), define a esta clase de metales, de la siguiente manera:

“Se entiende como minerales no metálicos a las rocas y minerales que por sus características físico-químico-mineralógicas carecen de propiedades para transmitir calor o electricidad y constituyen materia prima natural para las industrias y otras actividades económicas, tales como: baritinas, arenas silíceas, cuarzos, limolitas, arcillas, caolines, pumitas, feldespatos, puzolanas, calizas, dolomitas, travertinos, zeolitas, diatomitas, diatomeas, evaporitas (comprendidos los depósitos de yeso y los depósitos salinos), floritas; y aquellos que determine técnicamente el Ministerio Sectorial previo informe del Instituto Nacional de Investigación Geológico, Minero, Metalúrgico”.

Al respecto el artículo 145 de la Ley de Minería, manifiesta:

“La exploración y explotación de minería no metálica, deberán cumplir con las normas generales aplicables a las concesiones mineras en los términos dispuestos por la presente Ley y su Reglamento General, incluyendo el pago de regalías” (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517).

El Reglamento General de la Ley de Minería define cuáles son las sustancias minerales no metálicas y la forma de participación del Estado en los beneficios, de conformidad a lo previsto en el inciso segundo del artículo 408 de la 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.”

Se tendrá en cuenta el interés del Estado respecto del empleo de dichos minerales no metálicos, en la construcción de obras de infraestructura de beneficio nacional.

Finalmente, lo mencionado tiene concordancia con el artículo 25 del Reglamento a la Ley de Minería: “La actividad minera no metálica es el conjunto de operaciones descritas en la Ley, incluidas las de procesamiento, distintas de las de fundición y refinación de minería metálica.

4.2.3. Materiales de construcción.

Al respecto Gómez (2013, p. 18) dice:

“Estos materiales son de diferente procedencia, que se pueden dividir por medio de varios factores, entre esta subdivisión podemos encontrar que también pueden haber material de construcción a partir de la minería”.

Estos productos son empleados para la construcción de varias residencias, o estructuras inmuebles, en el Ecuador se usan materiales para la construcción como: granito, balsato, andesita, piedra pómez entre otras.

La ley de Minería al hablar de los materiales de construcción manifiesta (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517):

“Art. 142.- Concesiones para materiales de construcción.- El Estado, por intermedio del Ministerio Sectorial, podrá otorgar concesiones para el aprovechamiento de arcillas superficiales, arenas, rocas y demás materiales de empleo directo en la industria de la construcción, con excepción de los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras que se regirán a las limitaciones establecidas en el reglamento general de esta ley, que también definirá cuales son los materiales de construcción y sus volúmenes de explotación (...)”

De igual manera hace hincapié en los derechos y obligaciones que deben cumplir los concesionarios de materiales de construcción y dice:

“Art. 143.- Derechos y Obligaciones del concesionario de materiales de construcción.- El concesionario estará facultado para explorar dichos materiales sin necesidad de suscribir un contrato; la explotación se realizará con posterioridad a la suscripción del respectivo contrato y podrá constituir las servidumbres requeridas para el adecuado ejercicio de los derechos que emanan de su concesión.

No obstante lo anterior, el propietario del terreno superficial tendrá derecho preferente para solicitar una concesión que coincida con el área de la que éste sea propietario. Si el propietario del predio, libre y voluntariamente, mediante instrumento público otorgare autorización para el uso de su predio para una concesión, esta autorización lleva implícita la renuncia de su derecho preferente para el otorgamiento de una concesión sobre dicho predio.

Por otra parte, el concesionario de materiales de construcción deberá cumplir con las obligaciones demandadas de los artículos 38, 41 y 42 Capítulo I del Título III y los Capítulos I, II y III del Título IV de la presente Ley. Asimismo, deberá cumplir con el pago de regalías establecidas en esta Ley para la pequeña minería” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

La mencionada Ley refiere también del libre aprovechamiento de los materiales de construcción:

“Art. 144.- Libre aprovechamiento de materiales de construcción para obras públicas.- El Estado directamente o a través de sus contratistas podrá aprovechar libremente los materiales de construcción para obras públicas en áreas no concesionadas o concesionadas”.

Considerando la finalidad social o pública del libre aprovechamiento, estos serán autorizados por el Ministerio Sectorial. La vigencia y los volúmenes de explotación se regirán y se extenderán única y exclusivamente por los requerimientos técnicos de producción y el tiempo que dure la ejecución de la obra pública.

Dicho material podrá emplearse, única y exclusivamente, en beneficio de la obra pública para la que se requirió el libre aprovechamiento. El uso para otros fines constituirá explotación ilegal que se someterá a lo determinado para este efecto en la presente ley.

El contratista del Estado, no podrá incluir en sus costos los valores correspondientes a los materiales de construcción aprovechados libremente. En caso de comprobarse la explotación de libre aprovechamiento para otros fines será sancionado con una multa equivalente a 200 remuneraciones básicas unificadas y en caso de reincidencia con la terminación del contrato para dicha obra pública.

Las autorizaciones de libre aprovechamiento, están sujetas al cumplimiento de todas las disposiciones de la presente ley, especialmente las de carácter ambiental.

Los contratistas que explotaren los libres aprovechamientos, están obligados al cumplimiento del Plan de Manejo Ambiental”.

4.2.4. Conclusión

Es claro, que las leyes penales no solo deben tipificar el delito sino que deben gradarse, armonizarse y reformarse de acuerdo al progreso y necesidades de la sociedad, llenando al máximo los vacíos legales que asoman producto de la evolución de la humanidad, penalizando ciertos actos y despenalizando otros.

Si bien el haber tipificado por primera vez los delitos mineros dentro del artículo 260 en el Código Orgánico Integral Penal COIP significa un gran paso respecto de otras legislaciones, resulta necesario destacar una gran falencia al momento

de establecer las penas y sancionar, pues a nuestro parecer será indispensable realizar una diferenciación de la pena en consideración el tipo de mineral ilegalmente explotado.

Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal, prevé las sanciones para el cometimiento de un ilícito minero, considerando como atenuante el caso de quebrantar la norma mediante el ejercicio de la minería artesanal y como agravante la producción de daños ambientales; sin realizar una clara distinción respecto al tipo de material que se extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, comercialice, etc.

Lo mencionado se ocasiona debido a que no se considera como base de análisis para determinar la gradación de la pena, el tipo, el volumen y el valor del mineral extraído, por lo que resulta importante destacar la incongruencia al hablar de la misma sanción para el delito de explotación ilegal de minerales metálicos como el oro, que hablar de la explotación de materiales de construcción sin hacer consideración alguna al precio y volumen de mineral extraído y comercializado ilícitamente.

Si bien, en ambos casos se adecúa el acto punible al delito de explotación ilegal de minerales, el valor de los primeros resulta inmensamente mayor al de cualquier otro, y por tanto ocasiona un mayor perjuicio al titular del derecho minero y al Estado como propietario de los recursos minerales; con fundamento en lo dicho, nos atrevemos a insistir en que no debería sancionarse con la misma pena en la transgresión de los ilícitos mineros sin realizar una especial consideración tanto a la clasificación de las sustancias minerales cuanto al valor de dichos minerales, aun cuando efectivamente se deberá considerar como un agravante al daño ambiental y como un atenuante a la minería artesanal.

Además enorgullece presentar una propuesta jurídica que marcará la historia en un país con alto potencial minero constituyéndose en pionero en tener una normativa reguladora, sancionadora y gradual, con respecto a la extracción

ilícita de los recursos naturales no renovables, y que será tomada como fuente de Derecho para introducir futuras reformas en otras normativas.

4.3. Ejecución de las Sanciones Administrativas y Penales para condenar los ilícitos mineros.

Una vez determinados los delitos mineros y su aplicabilidad actual en contraposición con la expectativa generada mediante la promulgación del COIP, debemos considerar también la eficacia de los mismos en el derecho penal, frente a aquellas sanciones administrativas establecidas en la Ley de Minería.

Como hemos expuesto anteriormente, la Ley de Minería contempla sanciones a la actividad minera ilegal, dentro de su artículo 57 y estipula lo siguiente (Ley de Minería. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial 517).

“La actividad minera ilegal ejercida por personas naturales o jurídicas, o grupos de personas, nacionales o extranjeras, sin contar con los títulos, autorizaciones, permisos o licencias, será sancionada conforme las prescripciones de este artículo, sin perjuicio de las aplicables en los ámbitos ambiental, tributario o penal, a las que hubiere lugar.

Los bienes, maquinaria, equipos, insumos y vehículos que sean utilizados en actividades ilegales o no autorizadas de explotación, beneficio o procesamiento, fundición, refinación y comercialización clandestina de sustancias minerales, serán objeto de: decomiso especial, incautación, inmovilización, destrucción, demolición, inutilización o neutralización, según el caso, que ejecute la Agencia de Regulación y Control Minero contando con la colaboración de la Policía Nacional y subsidiariamente de las Fuerzas Armadas. Quienes se reputen autores de dichas actividades o propietarios de tales bienes, serán sancionados por la mencionada Agencia, con multa de doscientas a quinientas remuneraciones básicas unificadas dependiendo de la gravedad de la infracción, sin perjuicio del pago de

un valor equivalente al total de los minerales extraídos ilegalmente, así como de la obligación de restauración de los ecosistemas e indemnización a las personas y comunidades afectadas.

Las multas a las que se refiere la presente Ley, serán pagadas a la Agencia de Regulación y Control Minero, en el término de cinco días contados a partir de la fecha en que la Resolución cause estado. Si el infractor sancionado administrativamente no cumpliera con la obligación de pago, dicha Agencia, efectuará el cobro en ejercicio de la jurisdicción coactiva atribuida en la presente Ley.

Las multas recaudadas por la Agencia de Regulación y Control Minero, serán destinadas al cumplimiento de los fines inherentes a su competencia.

Las afectaciones al ambiente y el daño al ecosistema y biodiversidad producidos a consecuencia de la explotación ilícita o invasiones, serán consideradas como agravantes al momento de dictar las resoluciones respecto del amparo administrativo.

Los procedimientos que hagan efectivas estas medidas, constarán en el Reglamento General de esta Ley” (Ley de minería, R.O. No. 517, 29 de enero de 2009. Quito-Ecuador. Última modificación 10 de febrero de 2014).

Por tanto, se puede decir, que en el artículo citado existen las sanciones administrativas y económicas para la actividad minera ilegal, entre las que encontramos a la explotación ilegal de minerales, comercio clandestino de sustancias minerales e invasión de áreas mineras. Tomando en cuenta su inciso final que cita “sin perjuicio de las acciones penales que se deriven de estas infracciones”.

De la misma manera, el artículo 99 del Reglamento General a la Ley de Minería, determina (Ley de Minería, Reglamento. (2009). Quito, Ecuador: Registro Oficial Nro. 67):

“La Agencia de Regulación y Control Minero de oficio o mediante denuncia, iniciará los procedimientos del caso si al momento de la inspección determinare la existencia de explotación ilegal, y, procederá a la inmediata suspensión de las actividades, al decomiso de la maquinaria con la que se estuviere cometiendo la infracción y de los minerales explotados, los mismos que quedarán bajo custodia de un depositario designado por la autoridad o de la Policía Nacional, conforme se establezca en el acta respectiva.

De comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la infracción, sus autores, cómplices y encubridores serán sancionados mediante resolución motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley de Minería.

Respecto de los bienes decomisados, se procederá a su remate, de conformidad con la normativa que para el efecto expida la Agencia de Regulación y Control Minero”.

De esta manera, la agencia de Regulación y Control Minero de oficio o mediante denuncia, iniciará los procedimientos del caso si al momento de la inspección determinare la existencia de explotación ilegal, y, procederá a la inmediata suspensión de las actividades, al decomiso de la maquinaria con la que se estuviere cometiendo la infracción y de los minerales explotados, los mismos que quedarán bajo custodia de un depositario designado por la autoridad o de la Policía Nacional, conforme se establezca en el acta respectiva. De comprobarse la responsabilidad en el cometimiento de la infracción, sus autores, cómplices y encubridores serán sancionados mediante resolución motivada, de acuerdo a lo establecido en el Art. 57 de la Ley de Minería (Ley de Minería. (2009). Quito-Ecuador: R.O. No. 517).

Se debe recalcar que los artículos señalados ya vienen siendo aplicados por parte de la Agencia de Regulación y Control Minero (ARCOM), tratando así de combatir a la minería ilegal para evitar mayores inconvenientes.

Ahora, con la promulgación del Código Orgánico Penal Integral, no se deroga expresa ni tácitamente a los artículos que contienen aquellas sanciones administrativas en la Ley de Minería y su reglamento, por lo que se entenderían vigentes tanto las disposiciones administrativas como las normas delictuales establecidas penalmente, con lo cual se genera la incógnita respecto a la aplicabilidad de las primeras frente a las segundas, considerando sobre todo una posible transgresión al principio de Non bis in ídem, mismo que constituye una garantía constitucional.

El Art. 76, numeral 7, letra i) de la Constitución de la República del Ecuador (Constitución de la República del Ecuador.(2008). Quito,Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones), señala; "(...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

En un Estado Constitucional como el nuestro, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador forman parte de un mismo "ius punendi" estatal, por lo que se entendería que una vez que ha sido penado administrativamente un acto ilícito, éste no podría ser objeto de un nuevo procedimiento sancionador, a pesar de que la normativa estipula con claridad que la aplicación de esas sanciones se realizará sin perjuicio, es decir, independientemente, de la responsabilidad penal que pueda exigirse por los mismos hechos.

Sin embargo, el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, hace referencia a los principios procesales, estableciendo lo siguiente:

"(...) 9. ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio" (Código Orgánico Integral Penal. (2014).Quito, Ecuador: R.O. No.180).

Con estos antecedentes concluiremos que las sanciones administrativas concretadas en la Ley de Minería y su reglamento no constituyen una violación a la garantía constitucional establecida por el principio de Non bis in ídem.

CAPÍTULO V

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- La Constitución de la República garantiza al Estado la propiedad inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable sobre los Recursos Naturales no Renovables existentes en el territorio nacional. Asimismo reconoce el deber fundamental para garantizar estos derechos y crear planes de gestión, sin mencionar las políticas públicas que se deben ejecutar en base a los principios de desarrollo sustentable cuyo objetivo principal es proteger y conservar el patrimonio natural del país, así como obtener un beneficio de la minería.
- Las actividades mineras, en nuestra legislación, se desarrollan de manera legal por entes particulares ajenos al Gobierno a través del otorgamiento excepcional de permisos de minería artesanal, concesiones mineras, contratos de prestación de servicios mineros y contratos de explotación minera. Dichas convenciones sustentan y validan indudablemente el derecho de terceros para beneficiarse de los recursos minerales localizados en el país, a cambio del cumplimiento de ciertas obligaciones legales y económicas como por ejemplo el pago de patentes de conservación y de regalías, la ejecución de un plan de remediación ambiental, etc., convirtiéndolos de esta manera en titulares de un derecho minero y otorgando asimismo la facultad para denunciar el cometimiento de cualquier ilícito minero.
- La suspensión de la actividad minera a nivel nacional decretada a través del Mandato Constituyente o más conocido como Mandato Minero, determinó el incremento incontrolable de actividades mineras ilegales a lo largo y ancho del territorio nacional, especialmente en cuanto tiene que ver con la minería aluvial.

- Aun cuando el Estado ecuatoriano ha mantenido, durante los últimos años, una decisión de erradicar la minería ilegal, por no contar, en la Ley de Minería, con la normativa adecuada para el juzgamiento y sanción de estos actos ilícitos, ha sido, en la práctica, si no imposible, al menos muy difícil la lucha en contra de la ilegalidad en el sector minero ocasionando grandes perjuicios económicos, sociales y ambientales al país debido principalmente, a la falta de una normativa que posibilite, de forma eficiente, desalojar la zonas invadidas.
- La tipificación en el Código Integral Penal sanciona la extracción ilícita de los recursos minerales, precautelando el derecho de los titulares mineros, al igual que la propiedad del Estado; sin embargo, éste entrará en vigencia a partir del mes de agosto del 2014, por lo que hasta la actualidad la ejecución de sanciones penales al respecto, resulta improbable.
- Además, el artículo 260 del Código Orgánico Penal Integral manifiesta de manera general una pena privativa de libertad entre 5 a 7 años para cualquier ilícito minero; sin embargo, la existencia de vacíos e incongruencias en la normativa promulgada el 10 de febrero del 2014 dentro del COIP, puede servir de pretexto para que se exalte una amenaza punitiva ineficaz al imponer penas muy severas o muy flexibles, ya que no se consideran características necesarias dentro del ámbito minero para la ejecución de las sanciones correspondientes, como es la clasificación de las sustancias minerales y el volumen del material extraído o comercializado ilícitamente.
- La normativa citada resultará ineficaz si se trata de realizar una verdadera tarea hermenéutica, que permita dotar de profundo humanismo a los jueces al momento de establecer la gradación de la pena en los delitos mineros, tarea que solo podrá ser ejecutada mediante la distinción del tipo de sustancia (minerales metálicos, minerales no metálicos o materiales de construcción), así como la cantidad del mineral extraído.

5.2. Recomendaciones

- Es necesario que la Asamblea Nacional armonice la normativa penal en relación con la Ley de Minería y su Reglamento a fin de garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales constantes en el artículo 317 y 408 de la Constitución de la República.
- El Ejecutivo deberá generar y aplicar un mecanismo idóneo para reparar los perjuicios económicos, sociales y ambientales causados a los bienes patrimoniales producto de la extracción ilegal de los recursos mineros, las invasiones y la explotación ilícita de minerales; así como para detener dicho proceso que causa constantes daños.
- Las instituciones públicas y privadas conjuntamente con el Estado, deben ejecutar políticas a fin de erradicar el acto ilícito de extracción ilegal de recursos naturales no renovables, previo a prevenir el deleite de intereses y beneficios políticos y personales, estructurando un ente superior en materia minera que dirija la política en éste ámbito y que sobre todo que vele por la imposición de sanciones administrativas drásticas en respaldo de las penas privativas de libertad determinadas en el COIP, con el fin de generar un ambiente de protección, preservación, conservación, explotación racional, y restauración de los recursos mineros.
- El Organismo Judicial debe establecer tribunales con jueces y auxiliares especializados y conocedores de la leyes mineras que impidan la impunidad alarmante en esta materia, con el fin de determinar la sanción idónea para las personas responsables de la extracción ilegal de los recursos naturales no renovables y evitar el perjuicio a los bienes patrimoniales del Estado ecuatoriano.
- El artículo 260 del Código Orgánico Integral Penal debe ser reformado pues subsisten aún algunas falencias legales respecto a su aplicabilidad y eficacia, esto debido a que no se considera como base de análisis para determinar la gradación de la pena al tipo de mineral, el volumen y su precio de mercado, por lo que se genera una incongruencia al hablar de la misma sanción para los delitos mineros sin distinguir la sustancia

mineral, el volumen de mineral explotador y su valor en el mercado. Además se debe ratificar la necesidad de concurrencia entre las sanciones de tipo administrativo contempladas en la Ley de Minería y la pena privativa de libertad contemplada en el artículo 5, numeral 9 del COIP, visto lo cual, se sugiere la siguiente reforma:

PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que la Constitución, de conformidad con el artículo 408 establece a la propiedad de los recursos naturales como inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado mediante la participación en un monto equitativo del mismo.

Que el artículo 76 de la Constitución ordena que las penas se encuentren acorde al principio de proporcionalidad, manteniendo una relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

Que la Constitución prescribe en su artículo 78, que las víctimas de infracciones penales tendrán derecho a adoptar mecanismos para una reparación integral, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar soluciones más eficaces.

Que la Ley de Minería en sus artículos 55, 56 y 62 prescribe como actos ilícitos al comercio clandestino de sustancias minerales, explotación ilegal de minerales y la invasión de áreas mineras.

Que el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 260 establece como delito contra los recursos mineros a la actividad ilícita de recursos mineros.

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales Resuelve:

SUSTITÚYASE el artículo 260 del Código Orgánico integral Penal, por el siguiente:

Art. 260.- Actividad ilícita de recursos mineros.- La persona que sin autorización de la autoridad competente, extraiga, explote, explore, aproveche, transforme, transporte, comercialice o almacene recursos mineros, será sancionada con penas privativas de libertad, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas contempladas en la Ley de Minería, de acuerdo con la siguiente gradación:

1) Materiales de Construcción

- a)** De 1 a 50 metros cúbicos por día en minería aluvial o materiales no consolidados o hasta 25 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto en roca dura, con un mes a un año de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.
- b)** De 51 a 100 metros cúbicos por día en minería aluvial o materiales no consolidados o de 26 hasta 50 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto en roca dura, con un año un día a dos años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.
- c)** De 101 a 800 metros cúbicos por día en minería de terrazas aluviales o de 51 hasta 500 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto en roca dura, con dos años un día a tres años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.
- d)** Más 800 metros cúbicos por día en minería de terrazas aluviales o más de 500 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto en roca dura, con tres años un día a cuatro años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

2) Minerales No Metálicos

- a)** De 1 a 50 toneladas métricas por día, con un mes a un año de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.
- b)** De 51 a 1000 metros cúbicos por día, con una pena de un año un día a dos años de pena privativa de libertad en consideración al precio de mercado del mineral.
- c)** De 1001 a 3000 metros cúbicos por día, con dos años un día a tres años de pena privativa de libertad en consideración al precio de mercado del mineral.

d) Más de 3000 toneladas métricas por día, con tres años un día a cinco años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

3) Minerales metálicos

a) De 1 a 10 toneladas métricas por día en minería subterránea o 120 metros cúbicos por día en minería de aluviales, con seis meses a dieciocho meses de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

b) De 11 a 300 toneladas métricas por día en minería subterránea, del 121 a 1500 metros cúbicos por día en minería de aluviales o hasta 1000 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto, con dieciocho meses un día a tres años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

c) De 301 a 1000 toneladas métricas por día en minería subterránea, del 1501 a 3000 metros cúbicos por día en minería de aluviales o de 1001 hasta 2000 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto, con tres años un día a cinco años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

d) Más de 1000 toneladas métricas por día en minería subterránea, más de 3000 metros cúbicos por día en minería de aluviales o más de 2000 toneladas métricas por día en minería a cielo abierto, con cinco años un día a siete años de pena privativa de libertad, en consideración al precio de mercado del mineral.

Si producto de este ilícito se ocasionan daños al ambiente, será sancionada con pena privativa de libertad de hasta el doble de la sanción impuesta por los materiales o elementos extraídos sin la autorización correspondiente, incluyéndose la reparación económica de las poblaciones aledañas y demás factores sociales afectados.

REFERENCIA

- Aguilar, P. (2011). *La concesion dentro de la minería chilena*. Santiago de Chile: Premier editores.
- Albán, M. (2012). *Extracción ilícita de los recursos mineros*. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- Angulo, G. (2009). *El consentimiento frente a los bienes jurídicos indisponibles*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- ARCOM. (2014). *La agencia de regulación y control minero*. Quito - Ecuador: Página web oficial.
- Arguello, m. (2012). *La incidencia de la concesión a nivel estatal*. Buenos Aires: Platinym.
- Armengot, J. (2010). *Orígenes y desarrollo de la minería*. Madrid: Departamento de Ingeniería.
- Ávila, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito - Ecuador: V&M Gráficas.
- Baquerizo, J. Z. (1998). *Delitos Contra la Propiedad*. Guayaquil- Ecuador: Endino.
- Beccaria, C. (1979). *De los delitos y de las penas, traducción, introducción y notas de Francisco Tomás y Valiente*. Madrid: Aguilar editores.
- Blanco, S. &. (2011). *La minería y la metalurgia en la América española durante la época colonial*. Lima - Perú: Fondo de Cultura Económica.
- Borja, R. (2013). *Práctica del derecho en el Ecuador*. Quito - Ecuador: Élite.

- Bustos, J. R. (1997). *El Delito Culposo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cajamarca, A. (2012). *Inclusión de los Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas y Afrodescendientes en la Minería Iberoamericana*. Quito - Ecuador: Andes.
- Calle, F. (2010). *Contratación pública y privada*. Quito: Andes.
- Carrera, F. (2012). *El delito procesal*. Lima - Perú: Sartre.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador: Registro oficial No. 180.
- Código Penal. (1971). *Código Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Penal. (2000). *Ley 599*. Bogota - Colombia: Diario Oficial No 44.097.
- Código Penal Italiano, decreto real. (1930). *Código Penal Italiano*. Roma: Regio Decreto 19 ottobre 1930.
- Coleman, F. (2013). *Curso de derecho minero argentino*. Buenos Aires: Astrea.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito, Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones.
- Dominguez, A. (2012). *La concesión estatal*. Lima: Sartre editores.
- Dondé, F. (2000). *Cooperación Internacional en Derecho Penal*. México: Paper investigativo.
- Duriugbo, H. (2006). *Els Estado y los recursos naturaleza*. Buenos Aires: Cima editores.
- Escorza, C. (2006). *El oro en Las Médulas: su geología y arqueología*. Buenos Aires: Museo Nacional de Ciencias Naturales.

- Galeano, E. (1971). *La venas abiertas de América Latina*. Montevideo: Crónicas.
- Galeano, E. (1990). *América Latina para entenderte mejor*. Montevideo: Crónicas.
- Galeano, E. (1990). *América Latina para entenderte mejor*. Montevideo: Crónicas.
- Garrido, J. (2011). *Responsabilidad y culpabilidad: reflexiones sobre la dogmática penal*. Lima - Perú: Asociación Peruana de Derecho Penal.
- Herrera, L. (1991). *El error en materia penal*. Buenos Aires- Argentina: Abeledo-Perrot.
- Herrera, M. F. (2012). *El delito*. Bogota - Colombia: Procolombia editores judiciales.
- Lara, Y. (2012). *El derecho ambiental*. Bogotá- Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Ley de Fomento Minero, Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos. (1974). *Ley de Fomento Minero, Ministerio de Recursos Naturales y Energéticos*. Quito - Ecuador: Registro oficial.
- Ley de Minería. (2009). *LEY DE MINERÍA* . Quito - Ecuador: Registro oficial 157.
- ley N° 11.221. (1982). *Ley Orgánica de la Escribanía General del Gobierno*. Buenos Aires - Argentina: Escribanía General del Gobierno.
- Ley orgánica del Código Penal. (1995). *Ley orgánica del Código Penal*. España: Jefatura del Estado.
- Martínez, M. (1999). *Recopilación de leyes en las Indias*. Madrid: Universidad de Alicante.

- MINERCOL. (2012). *Los trabajos de exploración (L T E) y programa de trabajos y obras (P T O) para materiales y minerales distintos del espacio y fondo marino*. Colombia: MINERCOL.
- Ministerio de Minas y Petroleos. (2010). *Glosario técnico*. Quito: Ministerio de Minas y Petroleos.
- Montpellier, S. (2010). *Una ecología política de transformaciones territoriales*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos (IEP).
- Moreno, R. (2011). *Introducción al estudio del derecho minero*. México: Porrúa.
- Muller, P. &. (2011). *Derecho minero*. Buenos Aires - Argentina: Omega.
- Pardo, Y. (2011). *Análisis jurídico de la sana crítica en la valoración de las pruebas por parte de los jueces en los tribunales de garantías penales de la ciudad de Machala, en los años 2009 – 2010*. . machala: Universidad Técnica de Machala.
- Real, B. (2012). *Breves notas del contrato entre el ministerio de recursos naturales no renovables y la compañía ecuacorrientes*. . Quito - Ecuador: Paper Investigativo.
- Reglamento General a la Ley de Minería. (2009). *Reglamento General a la Ley de Minería*. Quito - Ecuador: Registro oficial 67.
- Salazar, V. (2013). *Implicaciones de la Ley Minera*. Lima: Luna nueva.
- Samaniego, E. (2010). *Instituciones del derecho ambiental*. Bogotá- Colombia: Ecoe Ediciones.
- Sandoval, F. (2012). *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en Ecuador*. Quito - Ecuador: Fundación Ambiente y Sociedad.
- Stliger, P. (2012). *El desarrollo histórico minero*. México: Plus ediciones.
- Valdés, G. (2014). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.

- Velásquez, F. (1991). *Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991*. Medellín - Colombia: a Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín.
- Velásquez, F. (2004). *La determinación de la pena en el estatuto de la corte penal internacional*. Medellín - Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana .
- Verdesoto, A. (2010). *Hacia la Integración de Aspectos Ambientales, Económicos y Comerciales en el Sector Minero*. Santiago de Chile: IDRC-CIPMA.
- Versalles, F. (2011). *Lecturas sobre derecho medio ambiental*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zaffaroni, E. (1983). *Tratado de Derecho penal. Parte general, tomo V*. Buenos Aires: Ediar.