

MINERIA E INSUSTENTABILIDAD

Análisis Socio-Ambiental del Proyecto de "**Ley Orgánica de Minería**", en trámite por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador

Dr. Byron Real López¹

RESUMEN EJECUTIVO

Como otras actividades sociales, la minería es un importante eslabón de la economía ecuatoriana y, consiguientemente, debe ser promovida por el estado. Como se han llevado hasta hace poco, la política estatal y las actividades en materia minera en el Ecuador, éstas han sido enormemente lesivas para el país, su naturaleza y los derechos humanos de sus habitantes. Por este motivo, el Mandato No. 6, dictado por la Asamblea Constituyente, señaló algunos aspectos concretos en los que el sistema minero es deficitario y, por tanto, debe ser reformulado desde sus bases normativas. Entre estos aspectos, se señalaron el cumplimiento de las obligaciones de protección del ambiente, el respeto a los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos; y el establecimiento de un ordenamiento territorial.

Frente a las deficiencias manifestadas, el Mandato consideró que el país requiere de un marco jurídico “seguro y equitativo”, que desaliente las “actividades especulativas”, y que a la vez que crear trabajo y riqueza, promueva la “protección ambiental, laboral y social”. Es decir, el Mandato Minero fue una forma de proteger los intereses colectivos, frente a una actividad disfuncional para el buen vivir de los ecuatorianos, por lo que junto a la Constitución de la República recientemente aprobada, son un contexto referencial, legal y conceptual, obligatorios para el marco normativo que se está proponiendo en estos días, para la actividad minera.

Con el antecedente descrito, en el presente documento se analiza el proyecto de "**Ley Orgánica de Minería**" que está siendo tramitado por la *Comisión de Desarrollo Económico y Producción*, de la Asamblea Nacional, desde una perspectiva socioambiental. Este análisis solamente aspira resaltar aquellos aspectos que por razones de técnica jurídica y de coherencia con la Constitución de la República y el Mandato Constituyente sobre la actividad minera; y, de resguardo de intereses colectivos, no serían convenientes para el país. Los temas analizados se centran en aspectos concretos en los que se han deslizado errores técnico-jurídicos en el proyecto de ley y en los efectos socioambientales negativos que la ley promovería. Un detalle de los temas tratados en este análisis, es el siguiente:

¹ Especialista en derecho, políticas y legislación ambientales. Para contacto: byronreal@gmail.com

1.- Errores técnico-jurídicos del proyecto de ley

- Calificación incorrecta de ley orgánica
- Promoción de un absolutismo minero
- Pronunciamento engañoso de autoridades e instituciones
- Uso incorrecto del silencio administrativo positivo
- Ausencia del principio precautorio

2.- Efectos socio ambientales negativos del proyecto de ley

- La construcción de riesgos de desastre
- Efectos negativos para los pueblos indígenas
- Indolencia ante el legado cultural del país
- Desequilibrio ecológico y destrucción de áreas protegidas

En las conclusiones el documento sugiere que se realicen alcances al proyecto de ley, dotándole de un mecanismo específico de ponderación del costo beneficio de los proyectos mineros que se presenten, a fin de determinar si éstos convienen o no al país. De esta manera, se promoverán solamente aquellos proyectos que no supongan un daño irreversible a la naturaleza o al tejido social de las comunidades y que dejando una ganancia efectiva al país y su gobierno, permitan adoptar mecanismos de prevención y control de los efectos negativos de esta actividad. Como se conoce no todo proyecto minero tiene capacidad para prevenir y controlar esos daños, por lo que en algunas áreas es más conveniente que se promuevan y desarrollen otras actividades que a lo largo del tiempo y en su correlación con el ambiente y los derechos humanos, sean más lucrativas para el país y, por tanto cumpla con los tres elementos de la sustentabilidad: respeto ambiental, respeto a los derechos humanos y rentabilidad.

Ambato, diciembre 8 del 2008

MINERIA Y SUSTENTABILIDAD
Análisis Socio-Ambiental del Proyecto de "Ley Orgánica de Minería",
en trámite por parte de la Asamblea Nacional del Ecuador

Dr. Byron Real López²

Introducción.-

Minería y metalurgia, son dos antiguas tradiciones, que en la sociedad contemporánea han emergido como parte consustancial de los procesos económicos y tecnológicos de los distintos países, por lo que no pueden ser negadas como actividades que busca satisfacer necesidades concretas de la sociedad y que aportan a su bienestar y desarrollo.

Como la minería, otras actividades socioeconómicas también satisfacen necesidades concretas de la sociedad y contribuyen a lograr el bienestar y desarrollo del país. Actividades como la conservación de la naturaleza, el turismo, la agricultura, etc., tampoco pueden ser negadas ni disminuidas frente a actividades de desarrollo como la minería, sino que, por el contrario, debe buscarse su armonización a fin de lograr procesos sustentables que además de recursos económicos para el estado, procuren también cumplir con los compromisos expresos y tácitos que el país ha asumido en cuanto a la tutela de los derechos humanos ambientales.

Este documento tiene por objetivo realizar una revisión técnica, desde las perspectivas jurídica, ambiental y de gestión de riesgos, al Proyecto de "Ley Orgánica de Minería" que está siendo tramitado por parte de la Asamblea Nacional. Con este ejercicio analítico, que complementa a uno anterior efectuado para la versión previa de la propuesta normativa referida³, se quiere advertir de algunas debilidades en su concepción general, así como en ciertos aspectos de técnica jurídica.

I

**ERRORES TÉCNICO-JURÍDICOS DEL PROYECTO DE
"LEY ORGÁNICA DE MINERÍA"**

El proyecto de "Ley Orgánica de Minería" que tramita la Asamblea Nacional, adolece de ciertos errores de carácter técnico-jurídico que la enfrentan con principios constitucionales vigentes. Entre éstos se citan a una incorrecta asignación del carácter de ley orgánica; la invisibilización de situaciones concretas de riesgo; la ausencia del principio precautorio, el uso incorrecto del silencio administrativo positivo en una materia de interés colectivo, entre otros.

² Especialista en derecho, políticas y legislación ambientales. Para contacto: byronreal@gmail.com

³ Ver: <http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Foro-Derecho-Socio-Ambiental.html>

Aunque el Mandato No. 6, dictado por la Asamblea Constituyente, se preocupó por solucionar aspectos importantes del problema minero como son el de la corrupción que significó el otorgamiento indiscriminado de concesiones en el territorio, los problemas ecológicos y los conflictos sociales que la actividad minera han ocasionado en el país, sin embargo, las dos últimas problemáticas, son ignoradas en la propuesta de ley y, a través de ésta, se tiende más bien a agravarlas.

A continuación, se presenta un análisis de los casos más relevantes de errores detectados en la propuesta de ley.

Calificación incorrecta de ley orgánica

El primer aspecto a observarse en este análisis corresponde a uno de técnica jurídica, que es el de calificar de una manera incorrecta a la ley como orgánica. En la comunicación de presentación del proyecto de ley, el señor Presidente de la República manifiesta que “esta Ley debería ser expedida con el carácter de orgánica, pues contiene disposiciones para la creación de la Empresa Nacional Minera, así como también para su regulación, que modificarían a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa para esta materia, y, además, porque reforma la Ley Orgánica de Régimen Municipal.” Estas razones, sin embargo, no cumplen con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución, según el cual las leyes orgánicas son las siguientes:

1. Las que regulen la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución.
2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.

La creación de la Empresa Nacional Minera, prevista en el proyecto de Ley Orgánica de Minería, no justifica la calificación de esta ley como orgánica. Además, no por modificar a leyes orgánicas, como se manifiesta en la comunicación presidencial referida, la potencial Ley de Minería podría ser calificada de orgánica.

Regla sin excepciones: la promoción de un absolutismo minero

En materia jurídica, la frase “toda regla tiene sus excepciones”, más que una expresión, es todo un principio que permite flexibilizar ciertas disposiciones a fin de proteger intereses jurídicos de orden público superiores. Sin embargo, el proyecto de Ley Orgánica de Minería, determina que las actividades mineras podrán realizarse en todo tipo de áreas, con lo que prácticamente se cubre todo el territorio nacional. Así, al amparo de un “acto administrativo previo”, que como se verá adelante, es un mero formulismo burocrático, se establece que las actividades mineras pueden realizarse en cualquier área, sin importar el valor social, histórico, ambiental, protectorio o cultural; o, cualquier otra actividad socioeconómica preexistente⁴. De esta manera, se instituye un absolutismo minero frente al cual no existe excepción alguna.

⁴ Ver: artículo 23 del proyecto de Ley Orgánica de Minería.

De acuerdo con el texto de la propuesta, la actividad minera puede realizarse en zonas urbanas, junto a edificios, caminos públicos, ferrocarriles, andariveles, instalaciones de telecomunicaciones; en áreas o recintos militares, en lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables, en puertos, playas de mar y fondos marinos; en lagos, lagunas, ríos o embalses o en las áreas contiguas a las destinadas para la captación de agua para consumo humano o riego; junto a oleoductos, gasoductos y poliductos, refinerías y demás instalaciones petroleras; a aeropuertos o aeródromos o en sus terrenos adyacentes; en áreas donde existan centrales eléctricas, torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado; y, en zonas de vestigios arqueológicos o de patrimonio “natural”⁵ y cultural. Excepcionalmente, a petición de la Presidencia de la República y con autorización de la Asamblea Nacional, también en áreas protegidas y zonas declaradas como intangibles⁶.

Llama la atención que mientras el artículo 397 de la Constitución señala que “para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas”, sin embargo, el proyecto de ley utiliza una excepción que permitiría realizar actividades mineras en áreas protegidas. Estas áreas como otras que se han citado, han sido instituidas como de manejo especial y, por tanto la ley y la doctrina jurídica en todo el mundo, las ha dotado de una protección que la propuesta de ley minera la elimina.

Pronunciamiento engañoso de autoridades e instituciones

Para conducir las actividades mineras en los lugares ya citados en la sección anterior, en el proyecto de ley se establecen “actos administrativos previos”, o pronunciamientos de las autoridades e instituciones bajo cuya autoridad se encuentren los lugares seleccionados para las mismas⁷. Según indica en el artículo 23, en caso de que esas autoridades e instituciones, emitan un pronunciamiento desfavorable a la actividad que se pretende llevar adelante, “el concesionario minero podrá apelar de dicha resolución para (sic) ante el Ministro sectorial”.

El pronunciamiento administrativo indicado, que deben emitirse en un término máximo e improrrogable de 60 días, “contendrá los condicionamientos con los cuales se precautelen los intereses de cada institución y los derechos y garantías ciudadanas”. Esto significa, que con ellos sólo se podrán dar sugerencias, observaciones generales, etc., pero de ninguna manera oponerse a la actividad minera en sí. Consiguientemente, todos los “derechos y garantías ciudadanas”, que son derechos humanos (a la vida, a la supervivencia física y cultural, etc.), quedan supeditados a “condicionamientos” técnico-administrativos. Es decir, derechos superiores como los humanos, quedarían a merced del criterio de

⁵ Al tratarse del patrimonio natural, no puede aplicarse el término “vestigios”, como lo hace el artículo 23, literal j del proyecto de ley. Además, el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural no es el ente mejor calificado para dar un dictamen respecto del patrimonio natural del país.

⁶ Ver artículo 23, literal k) del proyecto de Ley de Minería.

⁷ Ver artículo 23 del proyecto de ley.

funcionarios gubernamentales, dependientes principalmente del ejecutivo, cuyas misiones están lejos de velar por los derechos y garantías fundamentales de la colectividad.

En síntesis, el pronunciamiento de las autoridades e instituciones es un simple formulismo con el que se quiere legitimar las actividades mineras en sitios no siempre apropiados para estas actividades, pues a través de él no se podría impedir un proyecto minero en caso de existir fundamentación para ello.

Uso incorrecto del silencio administrativo positivo

El proyecto de Ley Orgánica de Minería, establece que si no se emitiese el pronunciamiento de autoridades e instituciones en el término previsto en el artículo 23, se entenderá que éste es favorable, operando así el silencio administrativo positivo. Sin embargo, como un resguardo a derechos fundamentales, este mecanismo no puede aplicarse en casos de interés colectivo como el ambiental y el de los derechos humanos.

El silencio administrativo tiene por objeto subsanar demoras y omisiones de procedimiento para obtener un servicio o concesión estatal. Cuando se trata de un servicio o concesión que se aspiran a través de un procedimiento, estos y otros similares, tiene un valor jurídico superior al informe o trámite que un servidor público omite, por lo que es legítimo que opere silencio administrativo. Es decir, el derecho a recibir un servicio o respuesta del estado es más importante que una negligencia burocrática, de tal manera que con la presunción de que el silencio institucional significa automáticamente la aprobación de un pedido al estado, se busca proteger aspectos jurídicos de mayor valor.

Pero existen casos en los que de aplicarse ese criterio, resultarían afectados los intereses colectivos y los del estado. Esto ocurre con el ambiente y los derechos humanos y cuando debido a un silencio administrativo, se generarían obligaciones de dar o hacer al estado, casos en los que debe más bien aplicarse el silencio administrativo negativo⁸.

En los artículos 23 y 33 del proyecto de "Ley Orgánica de Minería", la falta de respuesta en los plazos correspondientes, significarían la aprobación o renovación automáticas de una concesión. Así, vía silencio administrativo podrían consolidarse concesiones y actividades mineras que atenten a áreas protegidas, territorios indígenas o, aún, se podrían automáticamente aprobar concesiones en áreas de alto riesgo de desastre. En esos casos, como ejemplo, bastaría con que un funcionario público en contubernio con partes interesadas, no respondan a tiempo una petición, para que vía silencio administrativo, se consoliden derechos mineros, con lo cual se favorecería a la corrupción y el atropello a derechos humanos y la seguridad del país. Aunque se establecen sanciones administrativas en contra de los funcionarios incumplientes, estas carecerían de efectividad cuando se pongan en juego intereses mayores. El mismo peligro ocurre cuando mediante un silencio administrativo el estado asume obligaciones de dar o hacer como contrataciones o indemnizaciones, entre otras. Es por este motivo que en todas las legislaciones en donde se

⁸ De esta manera, se entiende denegada una petición y los afectados deben hacer valer sus derechos en una instancia administrativa superior (mediante los recursos administrativos), o dado el caso, ante la instancia contenciosa-administrativa..

ha incorporado el mecanismo del silencio administrativo positivo, se exceptúa los aspectos en los que se involucren los derechos colectivos y otros valores jurídicos superiores, como son el ambiente, los derechos humanos y los intereses del estado.

Ausencia del Principio Precautorio

Otro aspecto problemático del proyecto de "Ley Orgánica de Minería", es que a la vez que establece un mecanismo de aprobación de proyectos mineros en cualquier área del país, no permite interponer a éstos una oposición legítima, por razones de seguridad ambiental y ecológica y de los derechos humanos. Ante una sospecha razonable de que una actividad socioeconómica podría causar impactos significativos al ambiente, se ha adoptado internacionalmente el denominado "principio precautorio", que establece que "con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."⁹. Este principio que fue formulado por primera vez en la Declaración de Río de Janeiro sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, es el gran ausente en la propuesta de Ley de Minería. Esto es incomprensible cuando el considerando tercero del proyecto, claramente establece que "el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia", lo cual supondría que el principio precautorio va a ser parte del articulado de la ley.

Si se omite el principio precautorio frente a una actividad como la minera, se eliminarían los contrapesos democráticos que permiten en forma legítima y ordenada, presentar oposiciones para defender los derechos colectivos humanos o ambientales. De esta manera, el Ecuador, como pocos países en el mundo, no podrá defender su biodiversidad, sus ecosistemas frágiles, sus especies en peligro de extinción o, lo que es aún más preocupante, ciertos grupos humanos en condiciones de vulnerabilidad extrema, no podrán hacer valer sus derechos de supervivencia.

En este ámbito, el proyecto de "Ley Orgánica de Minería" muestra inconsistencia jurídica con la Constitución vigente¹⁰ y con la Ley de Gestión Ambiental¹¹, que sí han recogido el principio precautorio.

⁹ Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992.

¹⁰ Artículo 73 de la Constitución: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales."

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

¹¹ Artículo 22 de la Ley de Gestión Ambiental: "Las obras públicas, privadas o mixtas, y los proyectos de inversión públicos o privados que puedan causar impactos ambientales, serán calificados previamente a su ejecución, por los organismos descentralizados de control, conforme el Sistema Único de Manejo Ambiental, cuyo principio rector será el precautelatorio."

II

LOS EFECTOS SOCIO AMBIENTALES NEGATIVOS DEL PROYECTO DE LEY

Según se ha analizado en la primera parte de este documento, el proyecto de "Ley Orgánica de Minería" permite que en forma directa o mediante "actos administrativos previos" se pueda realizar actividades mineras de cualquier tipo en todo el territorio nacional, incluidos centros poblados, zonas arqueológicas, áreas protegidas, centrales eléctricas, oleoductos, entre otras. Este absolutismo minero acarrearía consecuencias negativas serias en los ámbitos de seguridad ciudadana y de los derechos humanos socioambientales, como se observará a continuación.

La construcción de de riesgos desastre

El proyecto de "Ley Orgánica de Minería" propone un marco normativo que permitiría la prospección y explotación minera en áreas en las que por razones de seguridad ciudadana y ambiental, pocas sociedades se atreverían a hacerlo, como son los lugares destinados a depósitos de materiales explosivos o inflamables¹², en playas de mar, en embalses, en áreas destinadas a la captación de agua para consumo humano o riego¹³; junto a oleoductos, gasoductos y poliductos, refinerías y demás instalaciones petroleras¹⁴; en aeropuertos o aeródromos¹⁵; en donde existan centrales eléctricas, torres y líneas de tendidos del sistema nacional interconectado¹⁶. Esas áreas intrínsecamente constituyen ya zonas de riesgo de desastres y una alteración de ellas podría potenciar esos riesgos y generar emergencias y crisis de diferente magnitud, que afectarían la población local o para el país.

Aunque debe admitirse que en varios casos ciertos tipos de actividad minera si podrían realizarse, preocupa enormemente que en forma absoluta se proponga realizar cualquier tipo de minería junto a lugares de alto riesgo como son los oleoductos y gasoductos, las refinerías y pozos petroleros; aeropuertos, centrales eléctricas, zonas inestables con potenciales de desastre, áreas de influencia de obras de infraestructura de interés nacional etc. Debe aquí recordarse, por ejemplo, que el desastre de la Josefina¹⁷, en la cuenca del río Paute, en donde murieron y desaparecieron decenas de personas y hubieron enormes pérdidas económicas, se debió básicamente a las actividades mineras que allí proliferaron y a la subsecuente deforestación ocurrida¹⁸. En el ámbito mundial, los desastres relacionados

¹² Ver artículo 23, literal e), del proyecto de ley.

¹³ Ver artículo 23, literal f), del proyecto de ley.

¹⁴ Ver artículo 23, literal g), del proyecto de ley.

¹⁵ Ver artículo 23, literal h), del proyecto de ley.

¹⁶ Ver artículo 23, literal i), del proyecto de ley.

¹⁷ Ocurrido en el año de 1993 debido al deslizamiento de la elevación denominada "Tamuga", que causó el represamiento de las aguas del río Josefina. El resultado de este desastre se resume en un número indeterminado de muertes y desapariciones, más de 10,000 personas evacuadas, más de 100.000 personas afectadas y pérdidas económicas millonarias.

¹⁸ Ver: Inga, Rene. La Gestión Integrada de la Cuenca Hidrográfica del Río Paute (presentación Power Point). Taller Internacional de Gestión Integrada de Cuencas Hidrográficas, Comisión Nacional del Medio Ambiente, CONAMA, Santiago de Chile, 2006.

con la minería no han sido excepcionales y han ocurrido repetidamente. Algunos de los desastres ocurridos, son, el de la mina Pasta de Conchos en México en el 2006, que cobró la vida de 65 trabajadores; el de la mina de oro Omai en Guyana, que en 1995 como consecuencia del colapso de una represa descargó más de 3.2 billones de litros de desperdicios contaminados con cianuro hacia el río Essequibo, muriendo toda la vida acuática de ese río; y, el desastre de la mina de oro de Summitville, en Colorado, Estados Unidos, que entre descargas planificadas y fugas accidentales de cianuro y de metales pesados ocurridas en 1992, mataron toda la vida acuática por 27 kilómetros del Río Alamosa, por lo que inversiones de más de \$150 millones han sido necesarias para descontaminar la zona¹⁹.

No es difícil imaginar que desastres como los citados y aún con peores consecuencias, podrían suceder si se realizan actividades mineras junto a oleoductos, aeropuertos, refinerías, centrales hidroeléctricas, etc. Además, poner en riesgo a ese tipo de infraestructura, supone además problemas de seguridad nacional dado lo estratégico de las mismas.

Pero hay también otros problemas que el proyecto de la Ley de Minería promueve, como es el de realizar actividades mineras junto a las captaciones de agua para consumo humano o riego, sin tomar en cuenta que así también se estarían construyendo formas concretas de riesgo que amenazarían a la salud y la vida de las poblaciones y su seguridad alimenticia. ¿Cómo se evitarían, por ejemplo, que los drenajes ácidos que son propios de la actividad minera, no contaminen las aguas superficiales y freáticas?

Es de destacar que el proyecto de Ley Orgánica de Minería ha incurrido en una lamentable omisión al no establecer una causal de caducidad en razón del riesgo o amenaza de emergencias o aún desastres, que podrían promover las actividades mineras. También ha omitido la realización de un análisis de amenazas (naturales y humano inducidas), vulnerabilidades (sociales y físicas) y de riesgos, previo a la realización de proyectos mineros.

Como en los casos antes analizados, en asuntos de riesgo, el proyecto de ley de minería, no es consecuente con la Constitución, cuyo artículo 389 establece que “el Estado protegerá a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo”. Al efecto, el Estado “asegurará que todas las instituciones públicas y privadas incorporen obligatoriamente, y en forma transversal, la gestión de riesgo en su planificación y gestión”.

Efectos negativos para los pueblos indígenas

La propuesta de ley establece un proceso de información, participación y consulta a las poblaciones locales, para que un proyecto minero sea viable en las comunidades. Este proceso tiene como finalidad “considerar e incorporar los criterios de la comunidad a la gestión social y ambiental de un proyecto minero” y “deberá llevarse a cabo en todas las

¹⁹ Ver: Marsh, Miguel, “Desastre con Cianuro y la Minería de Oro”, 2008.
<http://rds.hn/index.php?documento=234>

fases de la actividad minera”²⁰. Cuando se trata de llevar adelante proyectos mineros en territorios indígenas, se ha previsto un procedimiento especial de consulta a esas comunidades, a través de sus instituciones representativas, “cuando dichas labores puedan afectar sus intereses”²¹. No indica la propuesta legal en qué radica lo especial de este procedimiento de consulta.

En forma similar al pronunciamiento de las instituciones y autoridades, previsto en el artículo 22 del proyecto, el proceso de participación y consulta ciudadana es un mecanismo burocrático para legitimar la actividad minera en las comunidades rurales e indígenas. Contrariamente a lo que una consulta podría suponer en términos de aceptar o negar lo consultado, este procedimiento está direccionado a solamente aceptar la minería en cualquier comunidad que sea materia de la consulta. Al igual que lo observado para los riesgos y la alteración del equilibrio ecológico, que una actividad minera podría eventualmente generar, la ley no muestra prudencia ni precaución frente a aquellas comunidades indígenas tradicionales que aún dependen mayoritariamente de su entorno natural para subsistir. En estos casos, la autorización de una actividad minera en territorios indígenas, podría significar disminuir o aún eliminar la base natural de su subsistencia, aparte de los problemas sociales de colonización, introducción de problemas como el alcoholismo, la prostitución, entre otros, que en ningún proyecto de explotación de recursos naturales se ha podido evitar.

Existen suficientes estudios científicos que demuestran que los grupos indígenas tradicionales son particularmente proclives y sensibles a ser afectados por actividades de extracción de recursos naturales que se desarrollen en sus territorios o áreas de influencia. Tanto los impactos ecológicos como los sociales que indefectiblemente se ocasionan en estos casos, interactúan para debilitar el tejido social de esos grupos tradicionales y conducirlos a procesos de extinción cultural y aún física. Esto ya ha ocurrido en nuestro país en los primeros años de la actividad petrolera en la provincia de Sucumbíos, cuando a mediados de la década de 1960, se abrieron pozos petroleros en áreas habitadas por el pueblo Tetete, que corresponden a la actual ciudad de Lago Agrio. La constante colonización del área más los impactos ambientales y ecológicos causados por la actividad petrolera, debilitaron en forma extrema el tejido social de dicho pueblo y socavaron su base ecológica de reproducción social. Sin áreas para sus prácticas de caza y pesca y circundados por procesos socioeconómicos nocivos para su composición cultural, los Tetetes son hoy un pueblo extinto²².

Al no existir flexibilidad alguna para precautelar la seguridad cultural de los pueblos tradicionales, y al igual que en otros aspectos aquí analizados, el proyecto de Ley de Minería se encuentra a contrapelo de ciertos mandatos constitucionales. En el presente caso, la norma del artículo 57 de la Constitución, que reconoce y garantiza a las comunas,

²⁰ Artículo 85 del proyecto de ley.

²¹ Artículo 86 del proyecto de ley.

²² Ver: OAS (Organization of American States), Report on the Situation of Human Rights in Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96. Inter-American Commission on Human Rights, Washington, 1997; Miller, Christian, Ecuador: Texaco Leaves Trail of Destruction. Los Angeles Times, Noviembre 30, 2003; y, Lyons, Maxi, “A case study in multinational corporate accountability: Ecuador's indigenous peoples struggle for redress”. Denver Journal of International Law and Policy, Septiembre 22, 2004.

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, los derechos colectivos a “mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social”, no sería posible si es que una actividad económica rompe las condiciones físico-ecológicas que esos grupos requieren para subsistir.

Mención especial merecen los pueblos en aislamiento voluntario, en cuyo territorio estará vedada todo tipo de actividad extractiva. Para hacer respetar su autodeterminación y precautelar sus derechos, se ha previsto en la Constitución el delito de etnocidio²³. El Estado Ecuatoriano, además, es suscriptor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que manda a los estados partes a reconocer y proteger “los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales”²⁴ de los pueblos indígenas. Sin embargo, en aplicación de los artículos 22 y 23, literal k), del proyecto de Ley Orgánica de Minería, en los territorios de esos grupos si se podrían realizar actividades mineras.

Otra omisión grave del proyecto de ley minera, es el referente a prevenir el daño cultural de las comunidades tradicionales. El artículo 111 del proyecto solamente establece una causal de caducidad por daños al patrimonio cultural del estado, que se refiere exclusivamente a la cultura objetivizada y no a las culturas en términos antropológicos, es decir, al modo de vida de una sociedad. Como se analizó ya, los proyectos de extracción de recursos naturales podrían causar graves e irreversibles daños al tejido social de ciertas comunidades indígenas, ante lo cual no se establece medida de protección alguna. Esos daños podrían causar procesos lentos o incluso rápidos de extinción cultural y/o física.

Como se aprecia, el proyecto de Ley de Minería no conjuga adecuadamente las nociones de protección de las culturas tradicionales y los derechos colectivos, con el principio de libertad de prospección en que basa la actividad minera. Esto haría que de aprobarse la ley, ésta deba soportar fuertes presiones por los indicios de inconstitucionalidad que existen.

Indolencia ante el legado cultural del país

La posibilidad de realizar minería en zonas de vestigios arqueológicos²⁵, es otra de las incongruencias del proyecto de ley de minería con los valores que la nueva Constitución protege. No es difícil imaginar que debido a las técnicas utilizadas por las actividades mineras, en las que el uso de medios indiscriminados de apertura del suelo es normal (por ejemplo uso de explosivos y maquinaria pesada), sería virtualmente imposible que vestigios arqueológicos sean salvados de su destrucción. Al igual que en situaciones anteriores, sin formas efectivas de interponer frenos a la actividad minera, se ocasionarían daños irreparables a la historia del país. ¿Habría en empresas que habitualmente causan daños ambientales y ecológicos, una preocupación por salvaguardar vestigios históricos y prehistóricos de nuestra patria? Y, más que todo, ¿en qué quedaría el artículo 3 numeral 7 de la Constitución que dice que es un deber primordial del Estado proteger el patrimonio

²³ Ver artículo 57 de la Constitución vigente.

²⁴ Ver artículo 5, literal a) del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

²⁵ Ver artículo 23, literal j) del proyecto de ley.

natural y cultural del país? ¿Se ha olvidado ya que durante el colonialismo se destruyó buena parte de la cultura material de la nacionalidad precolombina de lo que hoy es el Ecuador? ¿Es prudente permitir hoy actividades mineras en áreas arqueológicas?

Desequilibrio ecológico y destrucción de áreas protegidas

Como se ha visto a lo largo de este análisis, el espíritu de la propuesta de Ley de Minería es el de generar sin restricciones, actividades de extracción de minerales. Si bien es cierto que como medida de conservación de la flora y fauna se determina que los estudios de impacto ambiental y los planes de manejo ambiental, establecerán medidas de mitigación de impactos, sin embargo, no existe previsión alguna para la identificación de especies amenazadas de extinción, de áreas ecológicamente críticas, de zonas de vida de especies endémicas, de especies nativas en riesgo de extinción, de áreas naturales protectoras, entre otras, en las cuales no deberían autorizarse actividades mineras o autorizarse con y en condiciones muy especiales de manejo.

En este aspecto, el proyecto de ley debería también tener correspondencia total con la Constitución, según la cual la administración y gestión de la biodiversidad se realizará con responsabilidad intergeneracional, declarándose de interés público su conservación y todos sus componentes²⁶. Un manejo responsable de la biodiversidad implica la protección de los ecosistemas en los que se encuentra y de las especies que la conforman.

Aunque en la Constitución se establece que por motivos excepcionales se permitirán ciertas actividades en las áreas protegidas, sin embargo en el proyecto de Ley Orgánica de Minería no debería asumirse que entre esas actividades excepcionales deberían estar las mineras, que por su impacto, son las que más afectan a las áreas naturales en cualquier parte del mundo.

Elementos a considerar por parte de los señores asambleístas es que el reto que el Ecuador tiene con la nueva estrategia ambiental que instituye la Constitución actual, es revertir la ominosa tasa de deforestación que el país exhibe, que está entre las diez más elevadas del mundo y es la segunda más alta del hemisferio occidental; revertir la pérdida de hábitats naturales a consecuencia de lo cual en el país apenas subsisten menos de 100 cóndores, por lo que su extinción en nuestro territorio sería una penosa realidad si no se interponen urgentemente medidas eficaces para proteger sus ecosistemas. También se encuentran amenazados de desaparición en el país, el oso de anteojos, el tapir de montaña, el puma con color, el venado de cola blanca, los anfibios del paramo (por ej. el hambato o antelopus sp), el mono araña cabeci-café (*Ateles fusciceps*), entre otras especies que corren el riesgo de extinguirse en el ámbito nacional de no protegerse sus biotopos²⁷.

Las áreas protegidas, han sido establecidas con el objetivo de mantener fuera de las actividades socioeconómicas a muestras representativas de la naturaleza original de los

²⁶ Ver artículo 400 de la Constitución vigente.

²⁷ La expansión de la frontera agrícola, la principal fuente de destrucción de los ecosistemas naturales, es promovida por proyectos de desarrollo como la minería, la explotación petrolera, la construcción de carreteras, entre otras.

países. Estas áreas sólo tienen razón de existir si se establecen políticas y normas que aseguren su intangibilidad respecto de las actividades de desarrollo. Si bien es cierto que los países tienen todo el derecho de establecer excepciones a la norma de no realizar actividades de desarrollo en las áreas protegidas, pero esas excepciones deben ser de carácter “excepcional” y no regular como ocurre en el Ecuador, en donde la mayoría de estas áreas tienen problemas de explotación de recursos naturales o de realización de actividades de desarrollo.

Contrariamente a lo que es recomendable en materia de intereses colectivos, el proyecto de Ley de Minería, solamente establece medidas ex post, de recuperación de daños, es decir, cuando éstos han ocurrido, se determinan remedios a adoptar. Se establece aquí que el incumplimiento de las disposiciones ambientales de la ley, “dará lugar a las eventuales sanciones al concesionario minero por parte del Ministerio sectorial. Las sanciones podrán incluir la suspensión de las actividades mineras que forman parte de dicha operación o la caducidad”.²⁸ Los daños a ecosistemas vitales para especies en peligro de extinción, o de aquellos con especies endémicas, según la propuesta de ley minera, no podrían ser prevenidos mediante el mecanismo de las medidas precautorias, sino que solamente cuando esos daños han ocurrido, podrían imponerse sanciones.

CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS

Con esta contribución se aspira alertar a los señores asambleístas que el Proyecto de Ley de Minería muestra debilidades que podrían afectar a la seguridad del país, a sus recursos naturales, a las obras de infraestructura y a la sociedad en general. Se sugiere aquí que si bien es cierto que sería inconveniente para el país optar por una abstención total de la actividad minera, sin embargo, darla libertad total sería peligroso, pues se pondría en juego la seguridad física del país, su equilibrio ecológico y la estabilidad de ciertas poblaciones, entre otros efectos negativos.

Aquí se han evidenciado dos tipos de problemas en el Proyecto de Ley Orgánica de Minería: errores de técnica jurídica y debilidades conceptuales que la hacen proclive a la inconstitucionalidad. Como se ha mostrado en cada ámbito analizado, existen disposiciones concretas de la Constitución que expresa o tácitamente son inobservadas por la propuesta de ley de minería. Por esta razón, es necesario que se realicen los ajustes de técnica jurídica necesarios a fin de que esta ley contribuya a regular una actividad que ha causado ya enormes impactos socioambientales al país y no vaya a causar aún más incertidumbre en esos aspectos.

Antes de autorizarse la actividad minera, debería considerarse la realización de un ordenamiento territorial para establecer donde y bajo qué circunstancias se las permitiría, para asegurar así que no afecten a industrias o actividades sustentables previamente establecidas; que no se ubiquen en sitios de alto riesgo natural o cultural; o para evitar ubicar minas donde puedan afectar la cantidad o calidad de agua para las poblaciones. Se recomienda que la aprobación de la actividad minera se realice en base a mecanismos técnicos de ponderación, en los que se expongan los costos y los beneficios de la actividad,

²⁸ Ver artículo 82 del proyecto de ley.

valorando todas las variables que intervienen, sean estas los derechos humanos, la seguridad y los riesgos, el equilibrio ecológico, la salud poblacional, etc. Autorizar peticiones para realizar actividades mineras cuyos efectos negativos sean de carácter social, ambiental, de riesgo de emergencias y desastres, sería atentatorio para la seguridad del país y, como se ha visto en el análisis aquí realizado, sería contradictoria de los principios constitucionales actuales, en los que el gobierno ha puesto mucho empeño en desarrollar. Además, no cumplirían con los tres elementos de la sustentabilidad: respeto ambiental, respeto a los derechos humanos y rentabilidad.

Ambato, 8 de diciembre del 2008