



Universidad
Nacional
de Loja

Universidad Nacional de Loja

Facultad Jurídica Social y Administrativa

Carrera de Derecho

**Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la
Concesión Minera Ecuatoriana.**

**Trabajo de Integración Curricular
previo a la obtención del título de
Abogada.**

AUTORA:

Brigette Thalía Cordero Benavides

DIRECTOR

Dr. Rolando Macas Saritama Ph.D.

Loja - Ecuador

2024

Certificación

Loja, 15 de enero de 2024

Dr. Rolando Macas Saritama. Ph.D.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

CERTIFICO:

Que he revisado y orientado todo proceso de elaboración del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la concesión minera ecuatoriana**, previo a la obtención del título de Abogada, de la autoría de la estudiante **Brigette Thalía Cordero Benavides**, con **cédula de identidad Nro.1105890584**, una vez que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la Universidad Nacional de Loja, para el efecto, autorizo la presentación del mismo para su respectiva sustentación y defensa.

Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama. Ph.D.

DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Autoría

Yo, **Brigette Thalía Cordero Benavides**, Declaro ser autora del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, los posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

Firma: _____

Cedula de Identidad: 1105890584

Fecha: 15 de enero de 2024

Correo electrónico: brigette.cordero@unl.edu.ec

Teléfono: 0981959752

Carta de autorización por parte de la autora, para consulta, reproducción parcial o total y/o publicación electrónica del texto completo del Trabajo de Integración Curricular.

Yo, **Brigette Thalía Cordero Benavides** declaro ser el autora del Trabajo de Integración Curricular denominado: **Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la concesión minera ecuatoriana**, como requisito para optar por el Título de **Abogada**, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que, con fines académicos, muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad. La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los quince días del mes de enero del dos mil veinticuatro, firma de la autora.

Firma: _____

Autora: Brigette Thalía Cordero Benavides

Cédula N°: 1105890584

Dirección: Calles Av. Eugenio Espejo y Holanda

Correo electrónico: brigette.cordero@unl.edu.ec

Datos complementarios:

Director del trabajo de Integración Curricular:

Dr. Rolando Macas Saritama Ph. D.

Dedicatoria

Quiero dedicar la culminación del presente Trabajo de Integración Curricular y toda mi carrera universitaria en primer lugar a Dios, que ha sido mi guía y mi apoyo en cada momento para lograr el objetivo de culminar mi formación profesional.

Del mismo modo quiero dedicar este logro tan anhelado a la mitad de mi vida, mi amada hija Amelia Sánchez, cada logro será por ti y para ti.

A mí Abuelito Samuel, (†) sé que desde el cielo me miras y me acompañas, gracias por siempre creer en mí, por abrigar mi infancia con tu amor, esta alegría tú la compartes hoy junto a mí, siempre estás en mi corazón y tu recuerdo vive y vivirá conmigo en todo momento.

A Mary Mejía Rogel sin tu apoyo no habría llegado hoy a cumplir esta meta.

Al Dr. Esteban Llerena por enseñarme a ver la vida desde unos ojos más bonitos.

Con amor para todos ustedes.

Brigette Thalía Cordero Benavides

Agradecimiento

Finalizando el presente Trabajo de Integración Curricular, quiero dejar sentada mi gratitud a la Universidad Nacional de Loja, del mismo modo a todos y cada uno de los docentes universitarios que me brindaron sus conocimientos, que para mí han llegado a constituirse en fundamentales y han contribuido de gran manera en mi formación académica y para hoy poder culminar con mis estudios universitarios.

De igual forma de manera muy especial quiero expresar mis agradecimientos al director del presente Trabajo de Integración curricular al Dr. Rolando Johnatan Macas Saritama, por su guía y apoyo durante todo el proceso de realización de este proyecto de Integración Curricular, por su guía, su profesionalismo, y la calidad humana con la que siempre respondió cada una de mis dudas, incluso dejando de lado sus ocupaciones para ayudarme en cada momento que se lo solicite.

Quiero agradecer del mismo modo al Dr. Shandry Armijos docente de la Universidad Nacional de Loja, por su amabilidad y por aportar con sus amplios conocimientos en el ámbito minero a mi Trabajo de Integración Curricular.

Brigette Thalía Cordero Benavides

Índice de contenidos

Portada	I
Certificación	II
Autoría.....	III
Carta de autorización.....	IV
Dedicatoria.	V
Agradecimiento.....	VI
Índice de Contenidos.....	VII
Índice de Tablas.....	VIII
Índice de Figuras.	IX
Índice de Anexos.....	IX
1. Título.....	1
2. Resumen	2
2.1. Abstract.....	3
3. Introducción	4
4. Marco teórico	7
4.1. Derecho minero.....	7
4.2. Concesiones mineras.....	12
4.3. Derechos y Obligaciones en la concesión Minera en Ecuador	13
4.4. Ejercicio del Derecho minero	19
4.5. Proyecto de Ley de Consulta Previa.	20
4.6. Servidumbres Mineras	30
4.7. Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero	34
4.7.1. Combate a la Minería ilegal según el Plan Nacional de Desarrollo Minero	

4.7.2. Minería Ilegal en la Legislación Ecuatoriana	37
4.8. Derecho minero en legislación extranjera.....	38
4.8.1. Minería en la legislación Argentina.....	40
4.8.2. Minería en la legislación Chilena	48
4.8.3. Minería en la legislación Peruana.....	57
4.8.4. Minería en la legislación Colombiana	64
5. Metodología.....	73
5.1 Procedimientos y técnicas.....	74
6. Resultados.	76
6.1. Encuesta.....	76
6.2. Entrevista.....	86
6.3. Estudio de casos.....	117
7. Discusión.....	131
8. Conclusiones.....	143
9. Recomendaciones.....	144
10. Bibliografía.....	145
11. Anexos.....	148

Índice de tablas

Tabla 1:.....	76
Tabla 2:.....	77
Tabla 3:.....	78
Tabla 4:.....	80
Tabla 5:.....	81
Tabla 6:.....	83
Tabla 7:.....	85

Índice de figuras

Figura 1:	76
Figura 2:	78
Figura 3:	79
Figura 4:	81
Figura 5:	82
Figura 6:	84
Figura 7:	85
Figura 8:	125
Figura 9:	126
Figura 10:	128

Índice de Anexos

Anexo 1: Formatos de Encuestas y entrevistas	145
Anexo 2: Certificado de Traducción del abstract	154
Anexo 3: Certificación del honorable Tribunal de Grado	155

1. Título

“Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la Concesión Minera Ecuatoriana.”

2. Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo investigar y realizar un estudio comparado para evidenciar que en nuestro país existen contradicciones en la aplicación estricta a la norma, dado el título de derecho personal que posee, se plantea el rechazo de los pueblos y nacionalidades indígenas a la minería y su exigencia por la creación de una Ley de Consulta Previa que regule este proceso, se menciona la aplicación de servidumbres mineras como un trámite tardado y que no cuenta con las facilidades para reforzar el hecho de considerarse a la minería como de utilidad pública, y al ser este un sector estratégico está por encima de otras actividades económicas, se verifica el objetivo general “Realizar un estudio doctrinario, jurídico, comparado, sobre las limitantes para el correcto desarrollo de las concesiones mineras en base a la Ley de Minería”, también se verifican los objetivos específicos, el primero: “Determinar la aplicación estricta a la norma que establece las atribuciones que brinda el Estado a la empresa minera privada al momento de otorgar una concesión.”; el segundo: “Establecer las falencias en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones y posibles modificaciones que orienten al mejoramiento de la industria”; y el tercero: “Efectuar un análisis con base en legislación comparada en referencia a doctrina en materia de régimen de concesiones, tomando en cuenta países con experiencia en la industria.” Se fundamenta todos estos conceptos a través de la legislación comparada con Argentina, Chile, Colombia, y Perú, se incluyen la metodología que se utilizó para poder obtener información, las técnicas aplicadas de encuesta y entrevista, el estudio de casos para obtener información que fundamente el propósito de la presente investigación, finalmente están las conclusiones y recomendaciones, que se obtuvieron mediante el desarrollo de este proyecto, se presenta los lineamientos propositivos para que el ejercicio de la minería en nuestro país baya en mira de tener un crecimiento que atraiga la inversión extranjera y de esta manera contribuya al desarrollo económico del país.

Palabras clave: estratégico, rechazo, demora, contradicción, facilidades.

2.1 Abstract

The objective of this work is to investigate and carry out a comparative study to show that in our country there are contradictions in the strict application of the norm, given the title of personal right that it has, the rejection of indigenous peoples and nationalities to mining is raised. and its demand for the creation of a Law of Prior Consultation that regulates this process, the application of mining easements is mentioned as a lengthy procedure and that does not have the facilities to reinforce the fact that mining is considered to be of public utility, and Since this is a strategic sector, it is above other economic activities, the general objective “Carry out a doctrinal, legal, comparative study on the limitations for the correct development of mining concessions based on the Mining Law” is also verified. The specific objectives are verified, the first: “Determine the strict application of the rule that establishes the powers that the State provides to the private mining company when granting a concession.”; the second: “Establish the shortcomings in the legal precepts of the Mining Law regarding concessions and possible modifications that guide the improvement of the industry”; and the third: “Carry out an analysis based on comparative legislation in reference to doctrine regarding the concessions regime, taking into account countries with experience in the industry.” All these concepts are based on the legislation compared with Argentina, Chile, Colombia, and Peru, including the methodology that was used to obtain information, the applied survey and interview techniques, the case study to obtain information that substantiates The purpose of this research, finally there are the conclusions and recommendations, which were obtained through the development of this project, the propositional guidelines are presented so that the exercise of mining in our country aims to have a growth that attracts investment. abroad and in this way contribute to the economic development of the country.

Keywords: strategic, rejection, delay, contradiction, facilities.

3. Introducción

En el presente Trabajo se analiza las potestades que delega el Estado a los concesionarios, que derechos tiene, que mecanismos tiene para el ejercicio de dichas funciones y que efectos jurídicos todo esto le trae a futuro, con este estudio se puede dar pautas claras de la ineficiencia y eventuales soluciones a la problemática minera ecuatoriana desde el punto de vista jurídico, es pertinente porque posee las fuentes bibliográficas, orientación metodológica, documentos, estudios de campo entre otros recursos que facilitan su correcto desarrollo.

El Sector minero es un sector estratégico para nuestro país, y por lo tanto se le debe dar la importancia que tiene y merece, por los numerosos beneficios que traería consigo el impulso al desarrollo de la minería legal, y para esto el problema radica en el hecho de considerar al título minero como personal, y los bloqueos de parte de las comunidades donde se encuentran ubicados los yacimientos, es por ello que esto debe tratarse de manera prioritaria por parte de nuestras autoridades.

En relación a la consulta previa, es una limitante debido a que existe una conflictividad de los proyectos mineros con las comunidades indígenas, lo que acarrea perjuicios económicos debido a la inversión paralizada, y al rechazo comunitario a proyectos mineros en ejecución, aduciendo que no existe una ley específica para ello, la discrepancia que existe cuando se quiere instaurar una servidumbre y no se llega a un acuerdo con los particulares, retarda el ejercicio de la concesión, el desarrollo de las actividades correspondientes y pérdidas económicas mientras dura el proceso legal que esto acarrea, esto debido a que en nuestro país no existe una medida que permita al concesionario ejercer sus actividades en lo que se llega a acuerdos.

A lo largo de los años se han dado varias reformas a la Ley de Minería, que han ido de alguna manera aclarando el camino a mejorar, sin embargo aún existen falencias legales que causan graves inconvenientes a los miembros del sector, si el Estado ecuatoriano incentiva el desarrollo de la industria minera, traería consigo beneficios tanto para las comunidades donde se asientan los yacimientos como para el resto de los ecuatorianos.

Entre estos beneficios están los económicos que van dirigidos a la obra pública, se genera interés de la inversión extranjera en el país, lo que permite generación de empleo, con sueldos dignos y seguridad social, del mismo modo, permitiendo el desarrollo de la minería legalmente establecida, se frena en gran manera la minería ilegal, y esto porque en la actualidad acceder a una

concesión minera es muy difícil y requiere tramites tardados, por lo tanto la minería ilegal a aumentado grandemente y destruido nuestro medio natural, ha dado una mala imagen de lo que en realidad es la minería, ha enfermado a la ciudadanía, violando los derechos de sus empleados y no representando ingreso económico alguno para el estado, al no tener control por parte de las entidades gubernamentales.

La minería legal, cuenta con supervisión constante de parte del Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, y para la obtención de una concesión minera se requiere estudios de impacto ambiental, que establecen hasta qué punto el medio ambiente resultara afectado, estableciendo limites, ya que el daño existirá es cierto, pero así mismo el concesionario firma compromisos en los que se establece que cuando la concesión minera llegue a su caducidad, la empresa debe entregar en las mejores condiciones posibles el espacio utilizado, y someterse a lo largo de todas sus actividades a la supervisión constante de dicho ministerio a través de sus delegados, para garantizar que estos acuerdos se cumplan.

Más del cincuenta por ciento de los ingresos económicos de la mina pasan a ser fondos estatales, esto se encuentra establecido en la Ley de Minería Ecuatoriana y en el Plan Nacional de Desarrollo Minero vigente, esto fondos se reparten por mencionar algunos al sector educativo, desarrollo social y urbano, salud publica entre otros, enfatizando que la mayoría de estos ingresos van dirigidos a la comunidad donde se encuentra sentado el yacimiento, ejemplo claro de esto es Los Encuentros parroquia en el Sector Yantzaza provincia de Zamora Chinchipe donde se encuentra operando el proyecto estratégico Fruta del Norte uno de los más grandes del País, y que a traído consigo para esta comunidad grandes beneficios, todo esto se garantiza con la entrega de fondos a los Gobiernos Autónomos Descentralizados que se encargan de hacer uso de ellos a beneficio de sus comunidades.

El objetivo general constante en este proyecto de Integración Curricular legalmente aprobado es el siguiente: **“Realizar un estudio doctrinario, jurídico, comparado, sobre las limitantes para el correcto desarrollo de las concesiones mineras en base a la Ley de Minería”** así mismo **“Establecer las falencias en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones y posibles modificaciones que orienten al mejoramiento de la industria”** y por ultimo **“Efectuar un análisis con base en legislación comparada en referencia a doctrina en**

materia de régimen de concesiones, tomando en cuenta países con experiencia en la industria.”

El presente trabajo de investigación tuvo como alcance por medio del estudio y análisis comparado, encontrar los medios para la posible solución de las limitaciones del desarrollo de la industria minera ecuatoriana, ya que en los países que se ha tomado como referencia existe un amplio desarrollo minero, un ejemplo claro Chile uno de los mayores exponentes Mineros en América Latina, es por ello que tomar sus normativas como una guía para mejorar ayudaría en gran medida a la solución del problema planteado en este proyecto de investigación, es importante considerar como limitante para el desarrollo de este proyecto la falta de conocimiento por parte de la población, que no tiene una idea clara de lo que es el ejercicio de la minería legal, por lo cual se cierran al hecho de que se desarrolle, todo esto a causa de la imagen errónea que deja la minería ilegal.

4. Marco teórico

4.1 Derecho minero

El Derecho minero se vincula con varias ramas de derecho entre ellas la Civil, Procesal Civil, y Administrativa, por lo que todas las relaciones que existan entre las personas y las minas tienen sus bases en los principios del Derecho Civil, ahora bien el proceso para llegar a obtener una concesión minera lo regula el derecho procesal relacionándose con el Derecho Administrativo, debido a que dichas concesiones las otorga el Estado que es la parte contratante y que se beneficia de todo lo que se produzca dentro de la concesión.

El Derecho minero tiene características de importancia que le otorga la legislación, específicamente la que le brinda la Ley de Minería, por mencionar las principales características tenemos las siguientes:

- a) **Es propiedad indiscutible del Estado.**- La Constitución Ecuatoriana cobija esta teoría de la propiedad indiscutible de los recursos naturales, así mismo aquí se incluye la imposibilidad de enajenar los bienes lo que desemboca en que no exista forma para entregarlos a terceros, lo que fundamenta la imprescriptibilidad de dichos recursos.
- b) **Es transferible.**- Dentro de esta característica existen algunas restricciones. Podemos decir que aunque es cierto que la normativa menciona que el derecho minero es susceptible de transferencia, es el mismo estado quien autoriza la transferencia, y para dicho acto utiliza en su totalidad las prerrogativas, deben cumplirse estas condiciones: en primer lugar la idoneidad del cesionario o también llamado adquiriente del título minero, la responsabilidad de los pasivos ambientales y la autorización para hacer el traspaso.
- c) **Es susceptible de dación de garantía.**- Dentro de los artículos 128 y 130 contenidos en la Ley de Minería se menciona que es responsabilidad del concesionario minero dar como garantía su título minero y para esto se debe solicitar autorización al estado, para que se emita una resolución expresa.

La cesión de garantía es en sí un gravamen para la concesión, este no está catalogado como un gravamen real a pesar de tener características de dicho gravamen, como por ejemplo la celebración por instrumento público, la respectiva inscripción en el registro especializado, así como la anotación como gravamen especializado en el registro minero.

d) Es renovable.- El art 36 de la Ley de Minería (2009) establece que el título minero tiene una duración de 25 años, es decir esta concesión de 25 años le da al titular el derecho a extenderla , para lo cual debe cumplir ciertas condiciones, que la extensión sea por un plazo igual al original esto es 25 años, así como informes favorables de la Agencia de Regulación y Control minero, en base al cumplimiento de sus obligaciones así como afectaciones en relación a la concesión, así como el del Ministerio del Ambiente en relación al manejo ambiental, entre otros.

e) Es un derecho personal.- Esta característica se ampliara más adelante en el desarrollo de este proyecto y es una base principal de esta investigación, de vital importancia en relación al derecho minero en la legislación ecuatoriana, no se ha encontrado ley minera o de recursos naturales que de esta característica al título minero o en general a la concesión de parte del Estado.

La doctrina define: *Como contrapuesto a Derecho real, el vínculo jurídico entre dos personas, que pueden ser acreedores o deudores de manera unilateral o recíproca, si existe bilateralidad entre los nexos o las prestaciones. Con amplitud, en los derechos personales entra todo el Derecho de Familia y el de las Obligaciones.* (Ossorio, 1986)

El Ecuador actualmente se encuentra regido, por la Constitución publicada en el Registro Oficial del 23 de octubre de 2008, el 18 de abril de 2008 la Asamblea Constituyente expidió el mandato número 6, al cual se le denominó “mandato minero” el cual tuvo como finalidad, dar fin a todas las actividades relacionadas a concesiones mineras, se declaró su finalización sin compensación económica, a excepción de la minería de subsistencia, artesanal entre otras.

Dicho mandato constituyente reformó la Ley de Minería que hasta ese momento seguía vigente (Nacional, 1991) se dictaron actos administrativos, los mismos que fueron ejecutados por el ente rector Ministerio de Minas y Petróleos.

Haciendo un análisis de este mandato se puede decir que el Estado puso a su beneficio la mayoría de concesiones mineras y por medio de un acto suspensivo eliminó cualquier modo de actividad sectorial, estas revocatorias ya fueron fuente de reclamaciones ante instancias internacionales, debido a que el mandato no menciona las palabras expropiación o confiscación, mismos que si se incluyen en los Tratados de Protección y Garantía de Inversiones, esto no cubre

el espíritu de la norma que al decir “extinción sin compensación económica” se traduce en expropiación sin la indemnización de concesiones del que fueron parte la inversión extranjera.

Ahora bien para hablar de la normativa Constitucional, la Constitución del Ecuador no solamente consagra sino refuerza, el hecho de tener una propiedad indiscutible de los recursos naturales, su primer artículo nos dice... *los recursos naturales no renovables del territorio del estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.* (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Esto se refuerza con lo dicho en el artículo 261 de la Constitución, el cual nos dice que es potestad exclusiva del estado la formulación de políticas y la regulación de la operación de los recursos naturales, y esta norma a su vez se sustenta con el artículo 313 de la misma Constitución que nos dice:

Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

De acuerdo con lo antes dicho el artículo 317 de la Constitución del Ecuador es el que más claramente nos habla acerca de la propiedad indiscutible de los recursos naturales a favor del estado, aquí se establece la imprescriptibilidad, intangibilidad e inembargabilidad en las gestiones sobre recursos no renovables en el país.

Finalmente el artículo que nos da la pauta para sobre el régimen económico particularizado y refuerza las características antes mencionadas que rigen a los recursos naturales no renovables es el 408 de la Constitución (2008) y nos dice lo siguiente...

Art. 408.- 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, substancias 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.

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. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Se puede concluir que la Constitución del 2008 fundamenta el principio de propiedad absoluta del Estado, volviéndolo bastante sólido, al decir que el Estado opera los recursos naturales y que se delegara a la empresa privada solo en caso de excepción y que adicional a esto no recibirá menos del 50% de los beneficios que reciba la empresa privada.

Dicho todo esto ahora hablaremos sobre la Ley de Minería ecuatoriana y su postura ante las concesiones a la empresa privada adentrándonos en la definición de derecho personal que se consagra en dicha ley, entendemos como derecho personal a un derecho propio de la persona, de carácter crediticio que le otorga a dicha persona la calidad de acreedor y por ende lo vincula a una persona en forma de deudor, con el fin de que se haga valer su derecho, la doctrina lo define como el contrario a un derecho real.

Podemos decir que el interés del legislador es que al ser el Estado el dueño absoluto irrenunciable e indiscutible de los recursos naturales no renovables no puede existir ningún otro sujeto que ostente derecho real alguno, y a consecuencia de esto se le brinda al concesionario minero el derecho personal que es potestativo para ejercer las actividades mineras que la ley le permite a través de las respectivas fases que son la prospección, exploración, explotación, procesamiento, beneficio y comercio, la pregunta que hay que realizarse en este caso es quien es el deudor en este tipo de derecho personal.

Se entiende que si el Estado otorga a la empresa privada la capacidad de realizar los ejercicios mineros en calidad de imperio, y mediante actos que tienen legitimidad y ejecutoriedad, todo esto lo que hace es reforzar la teoría de que el dueño absoluto de cualquier proceso y beneficio

con respecto a las actividades mineras es el estado, ¿y esto que efecto tiene? Pues tiene un efecto muy claro y es privar al concesionario de cualquier tipo de derecho real y esto nos lleva a más interrogantes como **¿Qué tipo de potestad tiene realmente la empresa minera privada, al recibir una concesión, para aprovechar en su totalidad los frutos del subsuelo?**, incluso podemos decir que se trata de un asunto de venta de cosa ajena, si nos tomamos a fondo la teoría de derecho personal, esta característica puede verse como una simple disputa doctrinaria, pero que claramente tiene consecuencias en los títulos mineros y concesiones.

Para ser más clara, en la Ley de Minería se consideran dos tipos de contratos el de explotación y el de prestación de servicios, esto se expresa en el Art. 39 de la mencionada ley, considerando que la concesión es dada en su naturaleza personal, solo sería posible la segunda opción, el contrato de prestación de servicios, debido a que el Estado mantiene la propiedad y solo otorga una autorización personal al concesionario, aquí incluso este mismo debería de recibir un pago por los servicios que presta a favor del dueño que es el Estado, por lo que los minerales extraídos al no ser una concesión minera un derecho real son de propiedad del Estado.

Así mismo con respecto a la habilidad del concesionario de realizar contratos con terceras personas ya que la concesión que se le otorga es un derecho personal solo sería posible realizarse dichos contratos por el dueño del área es decir el Estado y sigue siendo debatible que lo pueda hacer el concesionario.

La revista Minergia, Minería y Energía en Ecuador en su 11va edición nos menciona:

Se califican como accesorios a la concesión minera (Art 30 LM) las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados por la exploración, explotación, y beneficio de los minerales. Empero, la accesión es un modo de adquirir el dominio de las cosas y por tanto es un derecho real y no personal. No pueden existir bienes accesorios a un derecho personal como la concesión minera.

Siendo la concesión minera un derecho personal, es, cuando menos, debatible que sea título suficiente para que el concesionario se convierta en propietario (derecho real) de los minerales extraídos de la concesión minera. (Zumarraga, 2017)

Este fragmento nos ayuda a dilucidar mejor por medio de este punto de vista que las concesiones mineras en Ecuador tienen contradicción a la hora de definir al Derecho Minero y a las facultades que poseen los concesionarios.

Ampliando un poco más el tema se puede decir que algunas de las constituciones latinoamericanas manejan el mismo principio de que es el Estado el dueño absoluto de los recursos naturales, sin embargo tienen leyes mucho más claras, que les permiten ver de mejor manera los conceptos sobre los recursos naturales y de la forma en la que se hace la delegación a la minería particular, uno de los textos más claros a nivel latinoamericano es el que se encuentra en la Constitución de la República de Perú, específicamente en su Art. 6 el cual nos dice:

El estado es soberano en el aprovechamiento del recurso natural.

Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales entre ellas. (Constitución Política del Perú, 1993)

Continuando con el análisis de esta Constitución respecto al tema continuamos con el Art. 23 de la misma, esta definición que se da a la concesión minera vale la pena sacarlo a colación, por lo que en sí mismo nos brinda elementos de juicio:

La concesión aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y las limitaciones que establezca el título respectivo. (Constitución Política del Perú, 1993)

Aquí lo que más destaca es el **aprovechamiento**, la normativa minera peruana inferior, como las normas mineras peruanas especializadas, reglamentos y así mismo su doctrina, consideran que dicho aprovechamiento es considerado un derecho real, y esto se traduce en que el aprovechamiento se entiende por goce y uso, esto se fundamenta en el hecho de que la propiedad de los elementos naturales extraídos pertenece al concesionario, y el Estado aprovecha su rol de dueño absoluto por medio de regalías, es decir el Estado no pierde su derecho real de dominio, solamente existe una delegación por medio de la concesión, que le permite el uso y goce a la empresa privada.

4.2 Concesiones mineras

La figura más sobresaliente y que da vida al Derecho Minero es la Concesión Minera, partiendo desde su concepto más general, el autor Alejandro Vergara Blanco nos dice: *“Un acto que amplía los derechos de los particulares, pues la etimología (concessio, conceder) indica que la administración otorga o cede alguna facultad o derecho al interesado. Por lo tanto, tradicionalmente la doctrina y la legislación han entendido que todo concesionario, en virtud de*

un acto concesional, siempre adquiere un derecho, ex novo; esto es un derecho del que carecía, antes de la intervención concesional”. (Blanco, 2015)

La concesión en general es un acto jurídico, por medio del cual el Estado a través de sus representantes, otorga derechos y facultades sobre un bien o servicio público a un persona natural o jurídica, así como la administración a un particular y la potestad de realizar exploración, explotación de una riqueza natural, perteneciente al Estado, basándose en los preceptos que la ley dictamine.

4.3 Derechos y Obligaciones en la concesión Minera en Ecuador

La Constitución del Ecuador de octubre de 2008, posee las normas fundamentales que velan los derechos y libertades de los sujetos de derecho, el desarrollo y organización del Estado, sus instituciones, todo ello para el desarrollo económico, político y social del país, como ya se mencionó en el ámbito de los recursos naturales no renovables posee normas claras como que los mencionados recursos perteneces a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible, no se pueden cambiar de titular o vender, ni rechazar o renunciar su dominio y esta propiedad no se extinguirá con el paso del tiempo.

Así pues para que las leyes tengan validez jurídica y surjan algún efecto deben estar acorde a la Constitución vigente, entonces para que un concesionario pueda hacer uso de los recursos del subsuelo debe tener una autorización para su explotación y cumplir con los requisitos que dicta la norma minera ecuatoriana,

Además es importante mencionar que el Estado recibirá la mayor parte del porcentaje económico que se obtenga de la explotación minera.

Los recursos naturales no renovables son un sector estratégico, por ende forman parte del desarrollo del Ecuador, especialmente en su economía y el mismo Estado se reserva el derecho de hacer buen uso de dichos recursos.

Art. 408.- 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, substancias 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.

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.

El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Puede el Estado delegar a la empresa privada y a la economía popular y solidaria, una autorización para que se realice actividades mineras conforme al Art. 316 a través de las concesiones mineras, claro que esto no excluye al estado de su participación quien siempre será parte activa, el Art 315 nos habla también sobre la creación de empresas encargadas de la gestión de estos sectores, tomando en cuenta que la constitución se consagra los principios elementales que se establece en doctrina para los bienes públicos, por una parte se define claramente el principio de reserva de ley en favor del Estado, garantizándose el monopolio para toma de decisiones y el otro principio es el de protección que se refiere a las características de imprescriptible, inalienable, e inembargable, protegiendo de esta manera los bienes públicos, y por ultimo está el establecimiento de un régimen tributario, que lo que hace es garantizar el volumen económico mínimo que recibe el Estado.

De la misma manera la Constitución contiene otros artículos mineros el 316 y 317 que aparte de lo ya mencionado regula el hecho de poner en primer lugar la responsabilidad ante los impactos que se den en los ámbitos ambiental, cultural social y económico a consecuencia de la actividad minera se debe tomar medidas para preverse y si se dan reparar dichos daños.

La Constitución del 2008 dio importancia e hizo titular de derechos a la naturaleza y existen numerosos artículos a favor de dichos derechos, es por esto que la minería debe trabajar a la par con estos preceptos para que sus actos sean válidos.

Ahora bien partiendo de estos preceptos, se dictaron leyes y reglamentos para regular el ejercicio y la actividad minera partiendo desde el Mandato constituyente No. 6, la Ley de Minería, el Reglamento general a la Ley de Minería, el Reglamento del régimen especial de pequeña minería y minería artesanal, el Reglamento ambiental para las actividades mineras en la República del Ecuador, el Reglamento de seguridad minera, el Reglamento de asignación de recursos para

proyectos de inversión social y desarrollo territorial en las áreas de influencia donde se ejecutan actividades de los sectores estratégicos

- **De conformidad con la Ley de Minería**

Orientada en la Constitución se elaboró y entro en vigencia el 29 de enero del 2009 la Ley de Minería, misma que se publicó en el registro oficial Nro. 517. Como ya se mencionó con anterioridad el estado se asegura los beneficios económicos sujetos en el Art constitucional 408, lo que está regulado en la Constitución será la base para toda la legislación secundaria.

El derecho minero en Ecuador está regido por la Ley de Minería, misma que a sufrido varias reformas a lo largo del tiempo, sin embargo el fondo de esta ley es la parte primordial de la problemática que merece esta investigación.

En conformidad con la Ley de Minería, esta ley comienza regulando el objeto de sí misma, en su Art. 1 nos dice, que la Ley de Minería se encarga de reglar el ejercicio de los derechos que tiene el estado, para administrar, regular, controlar y gestionar el sector estratégico minero y también nos dice los principios a los que se debe regir que son la sostenibilidad, prevención, precaución, y eficiencia.

Esta ley continua resaltando el hecho de que el Estado delega su participación en el sector a empresas mixtas mineras, siempre y cuando tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y también a la economía popular y solidaria, el Art 2 nos dice que a esta ley se someten todas las instancias que surjan de la actividad minera entre el Estado y personas naturales y jurídicas, en su Art. 16 esta ley nos recalca que el dominio de los recursos naturales no renovables pertenece al Estado y que los derechos mineros, vienen de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, permisos y licencias que se aprueben por el órgano competente, las personas que se van a beneficiar de estos derechos son las personas naturales y jurídicas pueden ser nacionales o extranjeras, mixtas o privadas, publicas, comunitarias y de gestión, siempre ajustándose a lo que dictamina la ley.

Para hablar de derechos mineros, la Ley de Minería (2009) nos dice en su artículo 17:

Art. 17.- Derechos mineros.- Por derechos mineros se entienden aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar

plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización (Ley de Minería , 2009).

Ahora bien adentrándonos más en el tema, cuando un particular se hace acreedor a una concesión, la Ley de minería nos amplía un poco más este tema y vale la pena citaren artículo 30 de la mencionada Ley que nos dice:

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.

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. (Ley de Minería , 2009)

El Estado es propietario indiscutible de los recursos naturales no renovables, considerados sector estratégico, se pueden delegar a un privado por excepción, y se constituye en un derecho minero, de carácter personal, que le brinda el derecho a ejercer fases para ser autorizado.

El derecho minero habla sobre la delegación que le hace el Estado de las minas a la empresa privada, nos dice que tiene que ser un acto proveniente del Estado que se hace efectivo con la

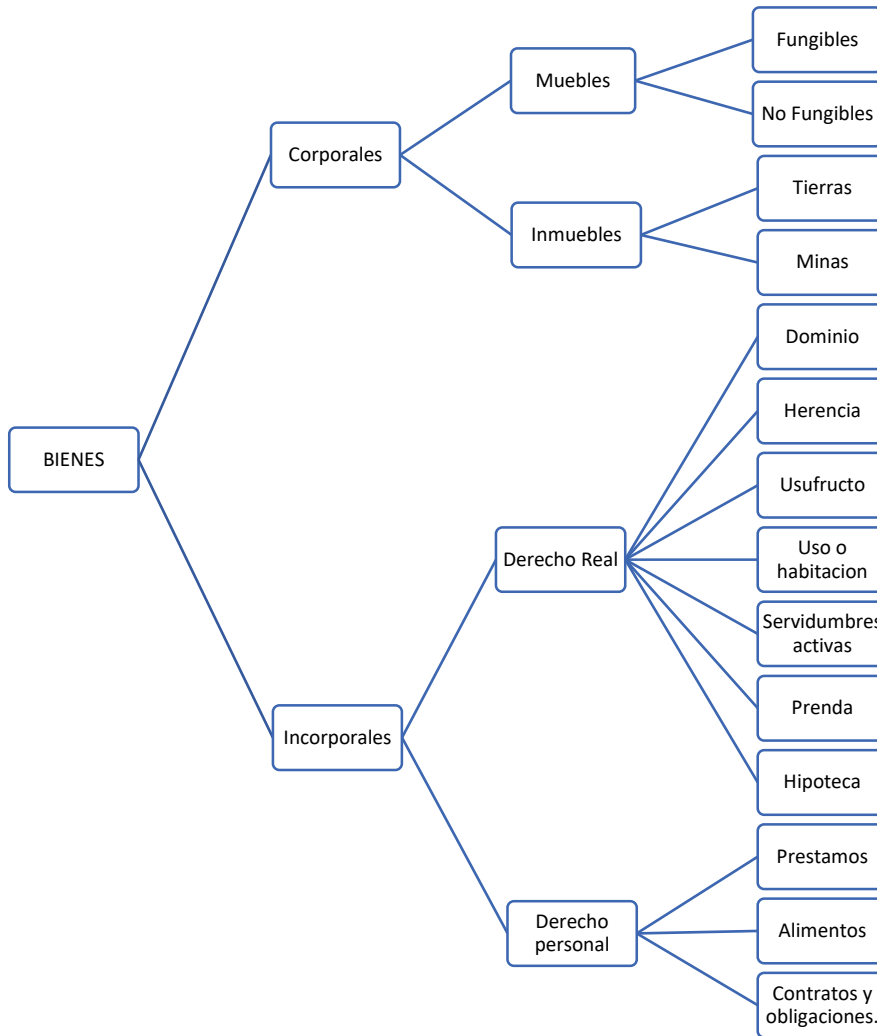
concesión, esta tiene ciertas características que a lo largo de este estudio se valorara su eficacia en el momento en que se aplica.

Los siguientes artículos de la Ley de Minería nos hace referencia a los derechos y obligaciones que van desde mantener activa la concesión otorgada, que las instalaciones y construcciones sean adecuadas para operar de la mejor manera, haciendo mención al agua y su correcta utilización, se menciona también la obligación tributaria dentro de lo cual se dice que se debe contratar mínimo el 80% de personal ecuatorianos, y solo en el caso que no exista personal profesional ecuatoriano se acudirá al extranjero, esto de alguna manera para promover el trabajo y disminuir el desempleo, a partir del Art. 78 se habla acerca de la preservación del medio ambiente, el resarcimiento de daños que se puedan ocasionar con la explotación minera, y que genere daños importantes a la naturaleza.

Es indiscutible el interés que para un país significa la explotación y el aprovechamiento económico de los recursos no renovables, por eso a fin de que el contrato pueda realizarse de la mejor manera a sido necesario proveer de la mera legal facilidades al concesionario, si el concesionario no se sintiese protegido muy pocos entrarían a esta industria, es por ello que las legislaciones deben consagrar de modo claro estos derechos, como por ejemplo ejecutar libremente las actividades de explotación minera, en cuanto a los derechos complementarios son aquellos que nacen para desarrollar y ejecutar la explotación minera, aquí mencionamos las servidumbre para abrir caminos y servirse de las aguas.

Si hablamos de dar seguridad a los concesionarios con más razón el Estado al ser el propietario de los recursos naturales del Ecuador establece sus derechos, como recibir parte de los beneficios que se obtengan como resultado de la explotación, así como el derecho del Estado, para vigilar, auditar controlar e intervenir las actividades que realice el concesionario minero.

El Código Civil Ecuatoriano en su libro II nos habla sobre las clases de bienes y su clasificación:



Código Civil Ecuatoriano
 Autora: Brigette Cordero Benavides

Es de vital importancia hablar sobre esta calificación que se hace en nuestro código civil acerca de los bienes, una de las características más importantes del análisis del derecho minero es aquella que lo considera como un derecho personal, tenemos claro que un derecho minero es aquel que el estado da a un particular y este es de naturaleza personal, y que sirve para conducir actividades mineras a través del título minero, que sigue algunas solemnidades, como por ejemplo la inscripción en el registro minero, este título minero en cuanto a la libertad de transferencia tiene restricciones, por lo que únicamente el estado autoriza este acto.

En la mayoría de las legislaciones este acto es a favor del particular para el aprovechamiento de los recursos, por una autorización de naturaleza administrativa, y sobre la cual este derecho de

aprovechamiento se vuelve una autorización de explotación de los recursos y por ende su beneficio, dentro de esta autorización también están el régimen económico tributario, la regulación de la misma y motivos para que esta autorización caduque.

4.4 Ejercicio del Derecho minero

- **Permisos para la actividad minera**

Con respecto a lo que necesita para ejercer la actividad minera la Ley de Minería nos dice:

Art. 26.- Actos administrativos previos.- Para ejecutar las actividades mineras se requieren, de manera obligatoria, actos administrativos motivados y favorables otorgados previamente por las siguientes instituciones dentro del ámbito de sus respectivas competencias:

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. (Ley de Minería , 2009)

La Licencia Ambiental se considera de carácter obligatorio para cualquier actividad o proyecto que se considere como de mediano o alto impacto ambiental, el trámite para obtener esta Licencia es de carácter administrativo, y es otorgado por el Ministerio del Ambiente, Agua o transición Ecológica (MAAE) o a su vez por el Gobierno Autónomo Descentralizado correspondiente y se realiza a través del Sistema Único de Información Ambiental (SUIA), del mismo modo para obtener esta Licencia se requieren ciertos requisitos indispensables, por mencionar algunos tenemos: la Intersección con el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, Bosques Protectores y patrimonio Forestal del Estado

En esta se deberá obtener un informe de viabilidad ambiental que se emite por la Administración de la correspondiente área protegida, así mismo el Estudio de Impacto Ambiental, un informe de Sistematización del Proceso de Participación Ciudadana, y dentro de estos requisitos está también la póliza, que es una garantía que asegura el cumplimiento de las responsabilidades ambientales. (Ambiente, 2023)

Adicionalmente la Ley mencionada nos dice que el concesionario debe presentar al ministerio sectorial una declaración juramentada realizada ante notario en la que exprese 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, continuando con lo que nos dice la Ley de Minería esta nos dice:

Si la máxima autoridad del sector minero de oficio o a petición de parte advirtiere que las actividades del solicitante pudieren afectar a los referidos bienes o patrimonio, solicitará la respectiva autorización a la entidad competente, la que deberá emitir su pronunciamiento en el término de treinta días. De no hacerlo en ese lapso, se entenderá que no existe oposición ni impedimento para el inicio de las actividades mineras, y el funcionario responsable será destituido. Respecto de la emisión de los informes de tales actos administrativos se estará a la aplicación de las normas del procedimiento jurídico administrativo de la Función Ejecutiva. (Ley de Minería , 2009)

Con respecto a los permisos ambientales, estos se categorizan de acuerdo al grado de impacto ambiental que se pueda dar en el desarrollo de las fases mineras, todos los permisos deben ser obtenidos antes de la fase minera, y se constituye en un punto fundamental para la solicitud de cambio de fase, para la fase de prospección se requiere la Notificación al MAE de las actividades a conducir, para la exploración inicial, corresponde la Ficha Ambiental, para la exploración avanzada la Declaración de Impacto Ambiental, para la explotación y la etapa de procesamiento y beneficio, se requiere el Estudio de Impacto Ambiental.

Sobre el permiso de uso de aguas, este se trata sobre la autorización para el uso y aprovechamiento de aguas que se da en el ejercicio de las fases mineras, La Ley de Recursos Hídricos nos dice que el agua que se utiliza debe ser tomada, usada, tratada y devuelta, en igual o mejores condiciones de la recibida.

En resumen estos permisos son para garantizar que se haga un mejor manejo ambiental así mismo de las aguas, cuando se otorga el permiso para el proyecto minero

4.5 Proyecto de Ley de Consulta Previa.

La Constitución de la República del Ecuador nos dice en su Art. 57:

Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos,

convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos

Numeral 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección,

Explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Numeral 17: Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. De la lectura de este artículo se desprende que la consulta, como uno de los derechos colectivos está previsto para planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, y previo a la adopción de medidas legislativas. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

El derecho colectivo a una consulta previa libre e informada, que ya fue reconocido en la Constitución Política del Ecuador de 1998, mismo año en que nuestro país ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ahora se refuerza en gran medida en la Constitución Actual, en la Constitución anterior solo se reconocía que los pueblos indígenas tenían el derecho de ser consultados, en casos que involucren actividades extractivas de recursos no renovables, en la Norma Suprema actual el estado tiene la obligación de consultar, no solamente a los pueblos indígenas sino también a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, no solo en lo que compete a extracción de recursos no renovables sino también cualquier acto que afecte cualquiera de sus derechos colectivos.

Es importante tomar en cuenta que tanto la Constitución Ecuatoriana de 1998 como la vigente tienen establecido el principio de reserva legal, este trata de que la Asamblea y en el caso de la Constitución anterior el Congreso Nacional, tienen la potestad de forma exclusiva para crear, modificar o suprimir leyes, en casos en que se trate de regular el ejercicio de los derechos y las

garantías constitucionales, en la práctica esto no se ha cumplido ya que se han expedido normas que regulan la consulta previa, así también la ambiental por medio de reglamentos, lo cual va en contrario con el principio de legalidad.

La constitución nos dice que todas las personas, colectivos, comunidades pueblos y nacionalidades, gozan de derechos y garantías que están establecidas tanto en la constitución como en los instrumentos internacionales, como los derechos humanos, se reconoce el principio de inmediatez, señalando que los mismos son de aplicación directa e inmediata por parte de los servidores públicos administrativos o judiciales, pueden ser de oficio o a petición de parte, aplicando siempre el que más favorezca al derecho del que se habla.

De acuerdo a nuestro ordenamiento constitucional, existen tres tipos de consulta, está en primer lugar la consulta pre legislativa que se refiera a realizar la consulta a los pueblos y nacionalidades indígenas cuando se vaya a desarrollar una tarea legislativa, los derechos que pudieran ser afectados, deben ser consultados como lo consagra el artículo 57, inciso 17 de la Constitución, como segundo tipo de consulta esta la consulta previa que también se encuentra constando en el artículo 57 en el inciso 7 que se refiere a los actos administrativos del Estado, aquí ingresa como ejemplo la exploración o explotación de recursos naturales, como tercer tipo de consulta esta la consulta ambiental, esta se encuentra constando en el artículo 298 de la constitución, que es independiente de los pueblos y nacionalidades.

De la misma manera las acciones que son interpuestas por cualquiera de los sujetos de derechos con relación al ejercicio de sus derechos constitucionales o los reconocidos en el instrumento internacional de derechos humanos, no se pueden rechazar por ausencia de norma que los desarrolle, en el caso de la consulta previa, si bien es adecuado procesalmente desarrollar una ley que regule este derecho, su existencia no es una condición necesaria para que el derecho sea exigido por la persona o grupo que se vea afectado, ninguna norma legal puede delimitar el contenido de los derechos y también de las garantías constitucionales, y sumado a esto, este contenido debe irse desarrollando de manera progresiva. es decir que no existe acción que disminuya el ejercicio de estos derechos.

Es importante tomar en cuenta la sentencia con el número 001-2010, en esta sentencia se establece la forma en la que se debe desarrollar la consulta previa, parámetros, que es una tendencia modulada, así como también establece históricamente los tipos de procesos, las debidas

instrucciones y los pasos a seguir para desarrollar este tipo de consulta. Continuando con la forma en cómo se debe desarrollar esta consulta existe la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada sentencia de Sarayaku versus Ecuador, esta se dio en junio de 2012, para llegar a esta sentencia el proceso fue largo, de más de diez años en los que el pueblo de Sarayaku litigo en la Corte mencionada, en esta sentencia se establece también los elementos básicos y los requerimientos para que se verifique la existencia de la consulta previa y que esta debe ser previa a que se instaure un acto administrativo ya sea de exploración o explotación y así mismo que uno de los requisitos de esta consulta sea la buena fe con el fin de llegar a acuerdos.

En nuestro país existe conflicto por lo que se toma un camino de formalidad, no se llama a todas las partes, y se limita a un proceso de firmas de asistencia a algunas personas y con esto se justifica que se hizo conocer de los proyectos mineros y ahí viene el conflicto por lo que las comunidades se sienten vulneradas en sus derechos y es que no participan de forma integral, y a la larga esto retrasa el ejercicio de los proyectos por este enfrentamiento entre la comunidad y el concesionario, también tomando como guía la sentencia de Sarayaku versus Ecuador aquí se menciona que ciertas empresas al momento de ejecutar la consulta se limitan a un dialogo con ciertos líderes indígenas que representan a una comunidad y en este caso incluso existe división entre ellos.

La sentencia Sarayaku vs Ecuador, marca los pasos y parámetros para realizar la consulta previa, así tenemos:

- Debe ser previa, antes de que se realice cualquier acto
- Debe ser libre e informada, no debe existir la presencia militar o policial y los datos resultantes deben ser contextualizados y debidamente documentados.
- Debe ser adecuada y accesible, esto quiere decir que la participación de los integrantes de los pueblos debe desarrollarse por medio de sus mecanismos de participación, no alejados a su propia organización.
- Debe ser de buena fe, no incurrir en actos que fomenten la división de las comunidades no deben existir amenazas, ofrecimiento de dinero etc., actos que puedan interferir en la libre voluntad de pronunciamiento.

- Debe existir un estudio de impacto ambiental, que se debe realizar bajo los criterios de transparencia, imparcialidad para lograr la participación efectiva de los pueblos y nacionalidades.

Esta conflictividad que existe entre el estado y los pueblos y nacionalidades no lo afecta en primer lugar a estos integrantes sino sobre todo a los concesionarios por lo que en primer lugar no pueden realizar sus actividades de forma libre y ordenada, genera un desprestigio para la empresa privada y esto concluye a la larga en precedentes que afectan al ejercicio de sus objetivos sociales, como se sabe el estado es el encargado de desarrollar la consulta previa y en la actualidad existen por lo menos dos instrumentos que se pueden utilizar para llegar a acuerdos entre los pueblos indígenas, el estado y la empresa minera, estos instrumentos monitorean los efectos de esta actividad en los derechos humanos, esto para poder tener un sondeo previo, así también esto permite un parámetro que sirve para la responsabilidad social.

Es importante enfatizar que la obligación de realizar la consulta es responsabilidad del estado, en esto se incluye la planificación y su desarrollo, este deber no se lo puede delegar a empresas privadas o a terceras personas, y de ninguna manera a la empresa que esta interesada en hacer uso del territorio.

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pide una consulta previa para poder emprender o autorizar los programas de prospección, exploración de los recursos que se encuentren dentro de tierras de los grupos antes mencionados, el problema radica en que en el Ecuador esta consulta previa no está instaurada en una ley específica, y en algunos casos de varias concesiones mineras no se realizó y se complicó la ejecución de este derecho, con este historial, el Ejecutivo en la actualidad busca impulsar una ley para formalizar la consulta, esto es bien recibido por los inversionistas de este sector estratégico, sin embargo estas inconsistencias han tenido consecuencias un ejemplo de esto es lo ocurrido en el proyecto Rio Blanco en la provincia del Azuay, que fue paralizado en el 2018, esto con el argumento de que no se realizó la consulta previa a las comunidades aledañas.

Es importante mencionar que el hecho de no tener una ley de Consulta previa no exime al Estado de responsabilidad al no realizarla, ya que este derecho se encuentra plasmado en nuestra constitución, sin embargo esta ausencia de la ley ha sido tomada en algunos casos como excusa para obviarla y esto pone en riesgo algunos de los proyectos mineros más importantes del país, también

dando paso a la minería ilegal que si causa gran daño a la naturaleza y a los moradores porque no existe control del estado sobre estos individuos.

Een el caso de esta mira Río Blanco en la actualidad se está viendo invadida por la minería ilegal; *Personas ajenas al proyecto minero Río Blanco, ubicado en la parroquia cuencana de Molleturo, en Azuay, sacan material rocoso que contiene oro y plata sin autorización. Ecuagoldmining está a cargo de esta concesión, pero se vio obligada a dejarla en mayo del 2018 por una resolución judicial. Desde entonces, los trabajadores de esta firma que tiene capitales de China y de Hong Kong no han podido ingresar al campamento minero.* (Comercio, 2020).

Otro ejemplo que vale la pena mencionar es el caso del proyecto minero de cobre llamado San Carlos Panantza ubicado en Morona Santiago, esta mina está en la fase de exploración avanzada, pero sufre de constantes protestas por parte de las comunidades aledañas por esta misma razón, no realizarse la consulta previa.

En la actualidad como ya se mencionó algunos proyectos importantes están en riesgo, 12 de ellos están en riesgo de paralizarse por temas legales y por el constante rechazo de la ciudadanía, en el presente año en curso de estos proyectos importantes existen cuatro que son los más afectados con esta problemática estos son

- Loma Larga en Azuay.
- La Plata en Cotopaxi.
- Cascabel en Imbabura.
- Y Curipamba en Bolívar. (Bnamericas, Minería ecuatoriana a la espera de normativa que permita avance de proyectos, 2022)

La Ley de consulta previa ayudaría a reducir las solicitudes de consulta popular que se hacen a la corte constitucional en contra de las actividades extractivas.

No es un secreto que la minería es una de las actividades que más sufre de oposición por parte de los grupos ecológicos y de los pueblos y nacionalidades indígenas, es por esto que es importante regular el tema de la consulta previa para que no se vea afectado el desarrollo de las concesiones otorgadas, se prevé que para 2025 entrarían en producción cuatro nuevos proyectos mineros, adicionados a las minas Fruta del Norte y Mirador. Cumpliendo ya las fases de exploración inicial y avanzada, como también la evaluación económica del yacimiento, los proyectos Loma Larga en Azuay, La Plata en Cotopaxi, Curipamba en Bolívar, y Cascabel en

Imbabura, van en mira de convertirse en minas de proyección a producir y exportar minerales metálicos.

La minería en nuestro país genera empleo, y es uno de los motores de desarrollo del mismo, actualmente en el Ecuador solo existen dos minas a gran escala que se encuentran produciendo, Fruta del Norte y Mirador, ambos en la provincia de Zamora Chinchipe, es importante ampliar este número y para ello se deben despejar obstáculos como lo es la oposición de la ciudadanía por ausencia de la consulta.

Es importante considerar que la falta de una consulta seria en nuestro país por parte del Estado, en momentos en que existe conflictividad entre las comunidades indígenas con las autoridades estatales, favorece a la división y enfrentamientos y a una ausencia de voluntad entre ambas partes para llegar a consensos.

Para finalizar con respecto a la consulta previa en nuestro país es importante mencionar que toda decisión o autorización para el desarrollo de las actividades mineras la toma el estado y que el resultado de la consulta previa si bien es cierto es importante y debe ser considerado al momento de tomar una decisión no es determinante el Art. 398. de nuestra Constitución de la Republica nos dice:

Art. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Continuando con lo antes dicho, nuestra Constitución es clara y como ecuatorianos estamos todos obligados a cumplirla, no confundir conceptos, los resultados de la consulta previa no son decisivos y es importante que el Estado haga conocer esto a todas las personas que tienen este mal concepto para de esta manera evitar enfrentamientos, entre estas comunidades y el Estado, mismas

que afectan a todos los pobladores del país no solamente a los miembros de las comunidades indígenas, porque las paralizaciones retrasan la economía de nuestro país.

Es importante mencionar que la negativa principal a que se aduce el rechazo de la minería por parte de estas comunidades es el daño ambiental, pero es importante que se tenga conocimiento que la minería legal es bastante regulada por el Ministerio del Ambiente por medio de sus autoridades competentes y por medio del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras, que entre otras cosas posee, un monitoreo de programas de remediación y reparación.

El Artículo 50 del Reglamento Ambiental de Actividades mineras menciona:

El Ministerio del Ambiente, dispondrá a los titulares de derechos mineros la entrega de los programas y proyectos de reparación o remediación ambiental que previo a su ejecución deberán ser aprobados, sin perjuicio de las acciones a tomarse inmediatamente después de cada incidente.

Serán objeto de aprobación y seguimiento los programas o proyectos de reparación o remediación referentes a:

- La estabilización de taludes, galerías y cursos de agua, en caso de riesgos ambientales como hundimientos, inundaciones, deslaves, descargas de contaminantes y otros.

- La solución de pasivos ambientales que presenten riesgo inminente de contaminación o afectación a terceros.

- La remediación de los cursos de aguas superficiales y subterráneos, después de accidentes o incidentes en los que se hayan derramado sustancias químicas peligrosas, en valores mayores a los que indiquen las normas vigentes en el país o normas internacionalmente aceptadas, en caso de no disponer de normas nacionales.

- La remoción y/o remediación de piscinas de relaves, diques de contención, canales de desviación, escombreras, suelos contaminados. (Reglamento Ambiental de Actividades Mineras Perú, 2014)

No podemos negar que actividad ambiental causa daño a la naturaleza en alguna medida, pero el Ministerio del Ambiente se encarga de que una vez que se entre la guía para la remediación ambiental y se finalice esta reparación el titular de la mina responsable, presenta al Ministerio del Ambiente con máximo de 15 días, la evaluación técnica de estos programas y proyecto de reparación para que sean revisados y aprobados por la autoridad ambiental competente, así mismo el concesionario debe brindar facilidades a estas autoridades para que verifiquen el cumplimiento

de estos programas de reparación o remediación, también es de vital importancia saber que en caso de incumplimiento no solo de estos programas de remediación sino también, el plan de acción, plan emergente, informes de auto monitoreo y las condiciones que constan en la autorización administrativa y demás medios de control, todo esto entre otros más incumplimientos ambientales implicarían que se realice la revocatoria de la licencia ambiental de acuerdo a la normativa legal y si se le retira la licencia medio ambiental

El concesionario no podría seguir ejecutando sus actividades, entonces lo que cabría en caso de discordia en este punto ambiental sería más bien el dialogo hacer comprender a la comunidad que el control ambiental existe y que existe el plan de remediación, para que más bien ellos teniendo conocimiento de todos estos aspectos puedan proteger su territorio estando pendientes de que se cumplan todas estas exigencias.

El rechazo por parte de las comunidades indígenas a la minería es grande y se evidencio en las protestas realizadas en junio de 2022 las cuales trajeron daños muy altos a la propiedad pública, mismos que constituyen gastos para las arcas estatales que provienen en parte de los impuestos de todos los Ecuatorianos, esto perjudica a todos y por citar lo que menciona la revista ENFOQUE edición del mes de Marzo de 2019, que dice: *“La minería en el Ecuador se ha realizado hasta ahora en pequeña escala, esto según Gloria Chicaiza activista antiminera se debe gracias al proceso de resistencia exitoso que ha tenido el movimiento indígena y campesino fortalecidos, que han logrado cerrarle las puertas a las grandes empresas mineras”* (Burbano, 2019)

Ante esta opinión puedo argumentar empezando con la pregunta ¿Realmente debemos sentirnos orgullosos de cerrarle las puertas a la inversión extranjera? Desde mi punto de vista esto no debería ser motivo de orgullo, sobre todo por lo que me atrevo a asegurar que estas personas que se hacen llamar antiminera realmente no tienen los conocimientos suficientes sobre los proyectos mineros a gran escala y como se llevan a cabo, el control ambiental estricto que poseen, las indemnizaciones de altos valores económicos que se les entrega a las personas que son sujetas a servidumbres y las regalías altas que en un porcentaje van a dar a obras en beneficio de la población en donde están asentadas, me atrevo a decir que estas personas “líderes” en contra de la minería usan esta falta de conocimiento de la población para incurrir en ideas erróneas en contra de las actividades mineras, es por eso que el estado tiene la responsabilidad de hacer conocer de forma transparente en que consiste cada uno de los posibles proyectos de extracción.

- **Legalización de territorios**

Ahora bien es muy importante tomar en consideración que para que un territorio se considere ancestral o comunal debe seguirse un procedimiento para registrarlo, la legalización de territorios ancestrales tiene como objetivo legalizar los territorios que se mantienen en posesión de comunas, comunidades pueblos y nacionalidades, esto a través de la entrega de la correspondiente adjudicación, misma que se emitirá una vez se hayan cumplido con los requisitos que en la Ley se pide

Como base legal para realizar este trámite administrativo está el Acuerdo Ministerial No. 073 que expide el Manual de Procedimientos y Trámites Administrativos en Materia de Tierras Rurales Establecidos en la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales y su Reglamento General.

Este Reglamento nos menciona en su Art. 21:

Para que una comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad, solicite la legalización de predios rurales es requisito demostrar una posesión ininterrumpida, actual y pacífica de 50 años o más sobre las tierras y territorios que fueron ocupadas por sus ancestros; y que en ellos se desarrollen actividades de conservación, recolección, caza por subsistencia, pesca, producción y prácticas culturales y religiosas propias de la identidad cultural de un pueblo o nacionalidad constituidos en un territorio determinado de propiedad comunitaria.
(Reglamento a la Ley Organica de Tierras Rurales Territorios, 2017)

Aquí nos dice claramente que para que un territorio se considere ancestral, se debe seguir solemnidades y se dirige a las comunidades, comunas, pueblos o nacionalidades indígenas que se encuentren de forma ininterrumpida, pacífica y actual de cincuenta años o más sobre las tierras que en primer lugar ocuparon sus ancestros, también en estos territorios se deben realizar actividades de conservación, recolección, caza, pesca, actividades religiosas y culturales de la identidad de los solicitantes, y muy importante también todo esto constituido en un terreno denominado de propiedad comunitaria.

Esto con respecto a la adjudicación como territorio ancestral, ahora bien para que se otorgue una propiedad como comunal, el representante legal de la comuna, comunidad pueblo o nacionalidad, debe presentar ante la Autoridad Agraria Nacional la solicitud para la legalización correspondiente, la cual debe contener entre otras cosas la copia certificada del acto administrativo

de la autoridad competente, en el que se le otorgue la personalidad jurídica a la comuna, adicional a esto existen otros trámites administrativos posteriores que deben llevarse a cabo para concluir el proceso de adjudicación. (Ley Organica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales, 2016)

Se menciona el tema de legalización de territorios debido a que, en algunas ocasiones pobladores hacen su negativa aduciendo que no se realizó la consulta previa en sus comunas o territorios donde viven indígenas, pero al momento de realizar los estudios dichas comunas no existen y los territorios se encuentra lotizados a nombre de particulares o son terrenos pertenecientes a una familia indígena, y en ambos casos no existe lo que se mencionó para la legalización por lo tanto en estos casos no aplicaría la consulta previa sino más bien el procedimiento para instaurar servidumbres al ser terrenos de particulares, siempre y cuando esta servidumbre la solicite el concesionario y de ser necesario el uso de estos predios.

4.6 Servidumbres Mineras

Se define a una servidumbre minera como un proceso administrativo que se interpone cuando la actividad minera afecta a los dueños de un terreno ajeno a la concesión otorgada.

Las Servidumbres se encuentran dentro de los denominados derechos reales, en nuestro código civil Art. 595 se encuentra esta definición: *“Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.”* (Código Civil , 2005)

Las servidumbres mineras son aquellas que son impuestas al uso de los bienes que se encuentran en la superficie con el único fin de favorecer al desarrollo de la exploración y explotación de las minas, coexisten con la propiedad en relación al sobrante de terreno que no es adquirido y se extiende por fuera de los límites de la concesión otorgada, sobre los fundos próximos con miras de situaciones favorables para la economía de la explotación

Como característica legal, están establecidas en la ley en relación de la utilidad pública, y son de naturaleza real por lo que son constituidas sobre un inmueble a beneficio de otro inmueble.

Ahora bien para adentrarnos en el ejercicio de las servidumbres pasaremos desde nuestra norma suprema, la constitución de la República del Ecuador nos dice:

Utilidad pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley,

considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

La Ley de Minería acerca de las servidumbres menciona en su artículo 100 inciso a:

Clases de servidumbres.- Desde el momento en que se constituye una concesión minera o se autoriza la instalación de plantas de beneficio, fundición y refinación, los predios superficiales están sujetos a las siguientes servidumbres:

a) La de ser ocupados en toda la extensión requerida por las instalaciones y construcciones propias de la actividad minera. El concesionario minero, deberá de manera obligatoria cancelar al propietario del predio, un valor monetario por concepto de uso y goce de la servidumbre, así como el correspondiente pago por daños y perjuicios que le irrogare. En caso de no existir acuerdo, la Agencia de Regulación y control Minero determinara ese valor. (Ley de Minería , 2009)

Así mismo su artículo 101 manifiesta:

Servidumbres voluntarias y convenios.- Los titulares de derechos mineros pueden convenir con los propietarios del suelo, las servidumbres sobre las extensiones de terreno que necesiten para el adecuado ejercicio de sus derechos mineros, sea en las etapas de exploración o explotación, así como también para sus instalaciones y construcciones, con destino exclusivo a las actividades mineras. (Ley de Minería , 2009)

Ahora bien tomando en cuenta los artículos antes citados puedo continuar diciendo que la Ley de minería expresa que desde que se constituye una concesión minera los predios superficiales están sujetos a servidumbres y pueden ser ocupados en toda la extensión que se requiera para desarrollar correctamente las actividades minera, ahora bien esto dice la norma sin embargo estas servidumbres están propensas a la negativa de los particulares y a los recursos que ellos impongan para mantener esta negativa, y por supuesto al tiempo que todo este proceso traiga consigo, como bien menciona la Ley de Minería en su Art. 8 la Agencia de Regulación y Control Minero es el organismo técnico administrativo que se va a encargar como representante del estado de la vigilancia, intervención, auditoria y en general el control de las fases que intervienen en la actividad minera, las servidumbres son un derecho real, que nace de la voluntad de las partes

Así como también puede ser una resolución ordenada por la ARCOM es por esto que para la instauración de una servidumbre minera existe el Instructivo Para la Constitución de

Servidumbres Mineras el cual es una resolución de la ARCOM y publicado en el año 2015, esta resolución se creó con el fin de garantizar los derechos del titular del predio del que se requiere hacer uso y las actividades de titular de la concesión para poder continuar con el desarrollo de la actividad minera, la ARCOM también puede intervenir en el caso de que existan perturbaciones en el desarrollo de la actividad minera, cuando el titular de la concesión solicita la resolución de un amparo administrativo.

El trámite para la emisión de resolución de constitución y extinción de servidumbres para el desarrollo de la actividad minera se hace ante la ARCOM y se sigue las solemnidades que se encuentran en el instructivo antes mencionado, para asegurar el ejercicio pleno del derecho que se otorgó para realizar la actividad minera.

La Ley de Minería en su artículo 15 nos dice:

“Utilidad pública.- Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias, en el marco y límites establecidos en esta ley, considerando la prohibición y excepción señaladas en el artículo 407 de la Constitución de la República del Ecuador.” (Ley de Minería , 2009)

Según este artículo se declara de utilidad pública la actividad minera en todos los terrenos del Ecuador, por lo tanto se pasa directamente a las servidumbres, como ya se mencionó las servidumbres las otorga la ARCOM, sin embargo este trámite es administrativo y puede pasar al contencioso administrativo, por lo tanto la utilización de los terrenos, de los suelos superficiales para realizar minería que no son del concesionario pueden tardar algunos años, impidiendo el desarrollo de la actividad minera.

Es importante tomar en cuenta lo que nos dice el Art. 104 de la Ley de Minería.

Art. 104.- Indemnización por perjuicios.- Las servidumbres se constituyen previa determinación del monto de la indemnización por todo perjuicio que se causare al dueño del inmueble o al titular de la concesión sirviente y no podrá ejercitarse mientras no se consigne previamente el valor de la misma. (Ley de Minería , 2009)

Aquí nos deja claramente ver que mientras no se resuelva el monto de la indemnización no se puede ejercitar la servidumbre, de esta manera se retrasan las actividades mineras en caso de

que no exista un acuerdo con los particulares, o que estos empiecen a realizar acciones para continuar con la negativa a la servidumbre.

En caso de que la servidumbre sea favorable esta debe inscribirse en el registro minero.

Si las dos partes no pueden llegar a un acuerdo, como ya se mencionó el estado puede recurrir a las servidumbres al ser la minería considerada de carácter estratégico nacional, sin embargo los pobladores al continuar sus negativas pueden seguir incurriendo a instancias internacionales como las ONG, y en medio de estos conflictos entorpecer el desarrollo de la actividad minera.

Debemos tomar en cuenta que la negativa no una sola persona no representa la decisión de toda un población así pues la revista Enfoque nos muestra el punto de vista una persona que lamenta las paralizaciones en el proyecto de cobre Mirador ya que por rechazo de ciertos pobladores y resistencia a la aplicación de servidumbres se paralizaron algunas actividades del proyecto y por esta misma inseguridad para continuar con las actividades los contratos se dan para periodos temporales.

Henry Valdivieso habitante de Tundayme lamenta la paralización del proyecto ya que considera que el pueblo se ve afectado él dice: *“Nosotros mismos fuimos a ver a los encargados de los proyectos y a los gobiernos municipales para que podamos volver al proyecto porque los contratos son espontáneos, la gente de Tundayme se está quedando sin trabajo por la paralización y no hay desarrollo, además en el proyecto hay muchos subcontratistas que relegan el trabajo de los moradores de la parroquia”* (Burbano, 2019) Es bien conocido que el proyecto minero Mirador ha tenido un gran rechazo por parte de familias que no querían que sus predios sean sujetos de servidumbre para el desarrollo de las actividades mineras, se han manifestado en contra del proyecto, sin embargo hay que tener en cuenta que, las servidumbres se instauraron de acuerdo a la Ley, y los predios superficiales están sujetos a las servidumbres que fueren necesarias para el desarrollo de estos proyectos, eso lo dice nuestra Ley de Minería

Ahora bien tomando en cuenta la opinión de este morador podemos apreciar que no toda la población de Tundayme está en contra del proyecto minero, sin embargo como ya eh dicho cuando existe el caso de una negativa a servidumbre en nuestro país el proyecto minero se paraliza hasta que este problema se solucione en los tribunales o por medio de resolución de la ARCOM, sin embargo con esto no solo se afecta a la empresa minera, como podemos apreciar los pobladores

que trabajan en estas minas pierden sus empleos o por la falta de certidumbre de si se puede continuar o no con el proyecto son solo acreedores a contratos temporales, porque no nos ponemos a pensar en estas personas también, que así como el estado se beneficia con las regalías y por ende todos los ecuatorianos

Así mismo las personas que trabajan en estas mineras subsisten por estos empleos, que cabe mencionar son contratos en los que se les reconoce todos los beneficios de ley como lo es el seguro social, por ser estas mineras supervisadas y legalmente constituidas, cosa que no pasa con la minería ilegal en la que no existe control alguno, como menciona el poblador Henry Valdivieso la gente se queda sin trabajo por las paralizaciones y no hay desarrollo para la población, entonces tenemos que tener en cuenta no solo los derechos de las personas que se niegan sino también de las personas que están a favor y que se benefician y ven en la Minera un medio de subsistencia, no generalicemos la opinión de algunos asumiéndola como absoluta, porque tengamos en cuenta que las personas que deben dar sus terrenos en servidumbre reciben altas cantidades de dinero por cuestión de indemnizaciones, mientras que las personas que se quedan sin trabajo se quedan a la deriva y con familias en la misma condición.

4.7 Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero

El Plan Nacional de Desarrollo del sector minero, tiene la visión de que para el año 2030 la minería en el país será considerada como un pilar fundamental en la economía, con miras a convertir a la industria minera en una actividad, social, cuidadosa del ambiente y reconocida por ser aporte al mejoramiento y crecimiento del Ecuador, dentro de este plan de desarrollo constan en su Política Publica seis ejes:

La Política Pública Minera tendrá 6 ejes:

1. Desarrollo Económico: Industria relevante para la economía nacional.
2. Sostenibilidad Ambiental y Social: Buenas prácticas ambientales y de salud.
3. Investigación y Desarrollo: Promueve investigación, innovación y el emprendimiento para el desarrollo del sector.
4. Gestión y Administración: Promueve una administración pública articulada.
5. Regulación y Combate a la Minería Ilegal: Busca fortalecer la administración y el control del Estado.
6. Normativa: promueve marco normativo sólido. (Minas, 2020, pág. 19)

Este plan de desarrollo propone la idea de un Estado incluyente que brinde servicios de calidad, la actividad minera que se desarrolla de manera legal, social y ambientalmente sostenible requiere la implementación de prácticas que minimicen los efectos ambientales y sobre todo reducir la conflictividad con las comunidades, el Plan Nacional del Desarrollo del Sector Minero se constituye en la máxima directriz de la política pública minera, que tiene por finalidad motivar las decisiones que se tomen sobre el sector a mediano y corto plazo.

Según el Plan Nacional de Desarrollo el sector minero contribuye con el 1.6% del producto interno bruto (P.I.B.) del Ecuador, de la misma manera se indica que el porcentaje de participación de la minería en el P.I.B. se encuentra muy por debajo de varios países de la región, sin embargo en base a la balanza comercial se registró un superávit en el periodo 2010- 2019. (Minas, 2020)

El Plan Nacional de Desarrollo Minero recalca la gran importancia del sector en el desarrollo económico ya que el 53% y 43% de la inversión extranjera que ingreso al país en los años 2018 y 2019, vino de la industria minera, esto es muy importante a considerar ya que el restante de la inversión extranjera que ingresa al país proviene de ocho sectores diferentes y ninguno de ellos llega a contribuir en porcentajes mayores al 11% del total. (Minas, 2020, pág. 32)

Se identifica a cinco proyectos considerados estratégicos y que en conjunto acumulan una inversión entre el 2007 y 2029 de 2.685 millones, los mencionados proyectos son Fruta del Norte, Mirador, Rio Blanco, Loma Larga, y San Carlos – Panantza, y en conjunto entre la empresa nacional minera y la pequeña minería en el mismo periodo de 2007 – 2019 se alcanzó una inversión de 3.428 millones, en esto se incluyen proyectos estratégicos, de segunda generación, subasta o remate, y como ya se mencionó Empresa Nacional Minera y pequeña minería. (Minas, 2020, pág. 38)

Con respecto a la generación de empleos por parte del sector minero el Plan Nacional de Desarrollo Minero que en el año 2019 se generaron ciento treinta dos mil empleos de forma directa e indirecta que se ubican de la siguiente manera: en minería artesanal se generaron doce mil empleos de los que cuatro mil son directos y ocho mil indirectos, la pequeña minería genero setenta y siete mil empleos en total en estos diecinueve mil son directos y cincuenta y ocho mil indirectos, y por último la mediana y gran minería ha generado cuarenta y dos mil empleos de los cuales once mil son directos y treinta un mil indirectos. (Minas, 2020, pág. 45)

Diario el Mercurio en un artículo publicado en febrero de 2023 menciona:

La Cámara de Minería del Ecuador (CME) recordó que en el país hay ejemplos de actividades de minería a gran escala que han demostrado ser responsables con el medioambiente, sobre todo en la provincia amazónica de Zamora Chinchipe, en el sureste del país, donde se asientan dos de las más importantes concesiones mineras: Mirador y Fruta del Norte, esas industrias, aseguró la CME, son el vivo ejemplo del positivo resultado de creación de empleo de calidad y bien remunerado, generación de negocios y encadenamiento productivo, y pago directo de impuestos al Estado, por ello, Zamora Chinchipe figura como la provincia ecuatoriana en la que más pobreza se ha reducido desde que iniciaron los proyectos mineros. (Mercurio, 2023, pág. 1)

La minería legalmente establecida contribuye en gran manera al desarrollo económico del país como se evidencia en el Plan Nacional de Desarrollo Minero y en los datos arrojados por el Banco Central del Ecuador, como se menciona en este artículo del Diario el Mercurio, la minería legal puede convivir de buena manera con otras actividades de producción así como también ser responsables con el medio ambiente, la creación de empleos con empleados asegurados y con sueldos justos contribuye al desarrollo social de estas personas, y al mejoramiento de su calidad de vida, las regalías que se paga por concepto de minería legal al estado son altas y estos fondos contribuyen también al adelanto económico del País y de las provincias y cantones donde se encuentran asentadas.

4.7.1 Combate a la Minería ilegal según el Plan Nacional de Desarrollo Minero

En el País existen algunos puntos en donde asienta la minería ilegal en por lo menos 21 provincias del País, el Plan Nacional de Desarrollo Minero manifiesta que en las inspecciones y seguimiento que se realizó en el año 2019 se incrementó un 16.35 % desde el 2018, del mismo modo en 2019 se incrementó un 68,16% en comparación con el año anterior así mismo en operativos de control realizados, mismos que fueron 490 en 2019, en este mismo año el material que se decomisó incremento en el 235% con respecto a lo decomisado en el año 2018, el Plan reconoce que esta minería ilegal afecta en gran medida al medio ambiente y a la salud de las personas. (Minas, 2020, págs. 65, 109)

En el Ecuador la minería ilegal es un problema social que aún no se ha logrado controlar, que afecta a las comunidades en las que se asientan estas empresas ilegales así como también el daño al medio ambiente ya que no existe ningún control para el tema ambiental, de la misma manera

genera vulneración de derechos a las personas que laboran en estas empresas, ya que no se les está pagando el sueldo justo por las horas de trabajo y en muchos de los casos no se encuentran asegurados, de aquí la importancia de tratar de legalizar la minería en nuestro país.

4.7.2 Minería Ilegal en la Legislación Ecuatoriana

Partiendo en orden jerárquico de las normas empezare citando lo que menciona nuestra Constitución de la Republica en su artículo 313:

Artículo 313.- “(...) El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social (...)”. (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008)

Es importante tener claro que los recursos naturales pertenecen al estado, y por ende es el mismo Estado el que tiene el derecho de administrar, regular y controlar estos recursos, solo el estado por medio de estudios y dependiendo de los beneficios económicos y sociales que un proyecto minero acarree otorgar concesiones, tomando en cuenta el carácter estratégico de la minería, y que la decisión sobre las actividades extractivas son de decisión y control exclusivo del estado.

La extracción de recursos naturales sin autorización de autoridad competente acarrea consigo sanciones que están contempladas en nuestro Código Orgánico Integral Penal mismo que menciona:

Artículo 260.- “(...) 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 (...)”. (Codigo Organico Integral Penal, 2014)

Artículo 261.- “(...) La persona que, en beneficio propio o de terceros, financie o suministre a cualquier título, maquinaria, equipos, herramientas y en general cualquier instrumento que se utilice para realizar las actividades ilícitas descritas en el artículo anterior,

será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años (...)". (Codigo Organico Integral Penal, 2014)

La minería ilegal es una actividad que viola los derechos humanos, que contamina el ambiente y es por esto que se lo reconoce como delito en nuestro ordenamiento jurídico, se debe de tener muy claro que todas las actividades extractivas respecto a minería que no sigan los lineamientos establecidos en la Ley de Minería se consideraran ilegales, este delito ocasiona daños que son irreversibles a la salud de los ciudadanos, a nuestro medio ambiente y dentro de esto se considera la perdida vegetal y la fertilidad de los suelos, se contamina el agua, se alteran los ecosistemas naturales y en general se afecta a la biodiversidad, es decir en conjunto esta actividad daña en gran manera a todos estos sectores, por ello es importante su control.

4.8 Derecho minero en legislación extranjera

A fin de realizar de mejor manera el presente estudio se continuara con el análisis de la legislación de cuatro países de América Latina; Argentina, Chile, Colombia, y Perú para poder establecer y entender las diferencias que existen con nuestra legislación ecuatoriana, tomando en cuenta aspectos centrales de la legislación minera de cada uno de estos países, que son la materialización de sus políticas mineras, se consideró a estos países debido a que Chile y Argentina poseen una experiencia histórica, que ha servido de precedente para el avance jurídico ecuatoriano que se encuentra en la actualidad rigiendo la industria minera, a grandes rasgos se mencionara algunas características de los países mencionados para luego ampliar cada uno de los puntos que se relacionan a nivel de concesiones mineras.

La Legislación minera Chilena fue precursora para las demás y sus reformas de dan a inicios de los ochenta, son pioneros por incentivar la participación del sector privado en la minería, es conocido que Chile es uno de los mayores países poseedores y extractores de cobre a nivel mundial, *Chile ocupa el primer puesto en la producción mundial de cobre, segundo en la de molibdeno y séptimo en plata. También tiene las mayores reservas mundiales de cobre y las cuartas de molibdeno.* (Dondo & Converte, 2021)

Tomando en cuenta este punto es importante recordar que en Ecuador en la actualidad se encuentra vigente un contrato a gran escala para la extracción de cobre, y por eso es muy importante analizar esta regulación.

Argentina posee la legislación minera más antigua, refiriéndome a El Código de Minería de Argentina que se promulgo en el siglo XIX, por supuesto este se ha venido modificando, se enfoca principalmente en la inversión privada y la protección del medio ambiente, relacionándose claramente con Ecuador en donde la naturaleza es titular de Derechos.

Perú a lo largo de los años ha llegado a consolidarse como uno de los países mineros más importantes a nivel de minería mundial, todas las legislaciones son semejantes en cuanto a separar la propiedad de los derechos superficiales de la concesión minera, pero la legislación peruana va mucho más allá por lo que el concesionario minero tiene derecho a pedir que se le dé el acceso o propiedad de la tierra, prioritariamente, luego de evidenciar que el desarrollo del proyecto minero será más beneficioso que otras actividades económicas. *El país se posicionó como el cuarto mayor productor de litio a nivel global y su capacidad aumentaría con la puesta en marcha de proyectos en carpeta, según indica un informe de inversiones mineras realizado por el Ministerio de Desarrollo Productivo.* (Bnamericas, Argentina sector minero, 2022)

Colombia aún está en proceso de consolidarse como uno de los grandes países mineros, pero posee el factor de vecindad y se avecina prosperidad en cuando a Minería, para este país la minería representa una actividad productiva y de importancia creciente para sus finanzas públicas y lo considera un sector estratégico y ha venido potenciando sus proyectos de exploración y explotación.

En nuestro país existe una falta de movilidad minera, por la innecesaria tramitología que incluso a privado a muchos potenciales proyectos mineros grandes, nuestra Ley de Minería nos dice que el título minero es la evidencia del derecho minero, pero cae en contradicción cuando en la definición genérica de derechos mineros enuncia varios documentos como títulos de concesiones mineras, los contratos de explotación, de operación minera, licencias y permisos, autorización para instalar y operar las plantas de beneficio, refinación y fundición de licencias para comercializar, inclusive autorización excepcional para minería artesanal.

En general a nivel regional se puede ver una expansión del sector minero a nivel de los tres países vecinos sin embargo ha existido siempre conflicto ambiental especialmente en ecosistemas considerados estratégicos como los páramos, también se busca combatir la minería ilegal, proteger a la Amazonia que es víctima de esta actividad.

Procederé a realizar un análisis individual de las legislaciones de los cuatro países antes enunciados, para poder de mejor manera armonizar y unificar los conceptos de derecho acordes al tema estudiado, tomando en cuenta áreas como la de derechos humanos, Derecho Ambiental, entre otras; de esta manera se tendrá una idea más clara de la institución minera de cada país y llegar a un mejor conocimiento del derecho minero nacional, tomando en cuenta la autoridad minera, régimen de concesiones, dominio, consideraciones ambientales, entre otras.

4.8.1 Minería en la legislación argentina

Argentina al ser un estado federal, las autoridades encargadas de la ejecutar el Código de minería son provinciales, aplicando en ellas políticas mineras uniformes a lo largo del país según el contenido de la Ley N° 24.228, para ser más clara, no se da una autoridad minera específica en su Código de minería, las provincias delegan las autoridades competentes para los asuntos relacionados con minas y yacimientos en cada una de sus jurisdicciones, la ley de inversiones mineras está a cargo de la Secretaría de Minería de la Nación, que forma parte del Ejecutivo Central, esto se encuentra plasmado en el Art. 24 de la Ley de Inversiones Mineras, y de la Ley de Reordenamiento Minero, esta última Ley mencionada creo un Concejo Federal de Minería que se encarga de asesorar a la Secretaría de Minería de la Nación, este concejo es de carácter autónomo, tiene representantes de las Provincias y del Estado Nacional.

El Código de Minería Argentina, sigue una tradición española, debido a que toma para las sustancias tanto de primera como de segunda categoría el sistema regalista, para asegurar, la predominante intervención del Estado tanto en el aprovechamiento como en la explotación de minerales.

El Código de Minería Argentino en su Artículo 7 nos dice:

“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren” (Codigo de Minería, 1886)

Esto nos quiere decir que el Estado tiene el dominio eminente o radical de las minas y sobre ellas ejerce un patronato, esto debido a sus razones de interés público.

Sobre el dominio de las minas podemos decir que el Estado Argentino no puede explotar las minas ni disponer de ellas, sino solo en los casos establecidos en el Código de Minería (Art. 9) es por esto que se faculta a los particulares para aprovechar y disponer de las minas como sus dueños (Art. 8 del Código de Minería), Las minas forman una propiedad distinta de la del terreno

en que se encuentran, pero se rigen por los mismos principios que la propiedad común (Art 11 del Código de Minería)

Sobre el régimen de concesión el Código de Minería Argentino en su Art. 10 nos dice:

“Sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”

Art 7: “Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren” (Codigo de Minería, 1886)

Para adquirir la propiedad minera se necesita una concesión legal y esta debe ser otorgada por la autoridad correspondiente, y acatándose a lo dispuesto en el Código de Minería.

Toda persona capaz de administrar sus bienes puede pedir el permiso exclusivo para explorar, así mismo el Código de Minería dice que toda persona con capacidad legal para poder adquirir bienes raíces es considerada hábil para adquirir derechos de concesión (Art. 21) no existe impedimento para los extranjeros, este mismo Código establece las características para los permisos de exploración y los correspondientes de explotación, siendo los de exploración los que constituyen derechos exclusivos para los siguientes permisos de explotación que están ligados a las áreas debidamente exploradas

Sobre la adquisición de las minas el Código de Minería en su Art. 44 nos menciona:

Art. 44. – Las minas se adquieren en virtud de la concesión legal otorgada por autoridad competente con arreglo a las prescripciones del presente Código.

Son objeto de concesión:

Los descubrimientos.

Las minas caducadas y vacantes. (Codigo de Minería, 1886)

Las Minas son adquiridas en razón de la concesión legal que otorga la autoridad competente con base a la Ley, esto que quiere decir que se da la constitución del derecho real inmobiliario de dominio por parte del estado a los descubrimientos, su manifestación, y a las minas caducadas y que se encuentren vacantes, aquí se debe aclarar que cualquier otro tipo de concesión minera que se pretenda será inexistente.

Con respecto a la duración de la concesión minera, los permisos de explotación son de tiempo indefinido así como lo menciona el Art. 18 del Código de Minería, los particulares pagan un valor anual por la concesión que se les otorga.

El Artículo 156 del Código de Minería Argentino acerca de la adquisición del suelo nos dice:

Art. 156. – La concesión de una mina comprende el derecho el derecho de exigir la venta del terreno correspondiente. (Codigo de Minería, 1886)

Si es de propiedad del Estado la cesión se dará de manera gratuita pero en el caso de que el terreno se privado, se debe pagar la indemnización correspondiente.

Para hablar de la caducidad, en el titulo número 12, sección primera del Código de Minería, se encuentran las condiciones de amparo que nos determinan las formas de caducidad de derechos conferidos cuando se recibe una concesión a favor de particulares, el derecho que se les otorga es exclusivo, absoluto, y como ya se dijo tiene una duración ilimitada, este se pierde por incumplimiento de parte del concesionario de las condiciones del título antes mencionado.

El Art 216 del Código de Minería nos menciona:

“... La concesión de la mina caduca ipso facto por la falta de pago de una anualidad después de transcurridos DOS (2) meses desde el vencimiento.” (Codigo de Minería, 1886)

También es importante mencionar que la Mina caducara cuando se presente información falsa, cuando se reduzca el monto de inversión que se exige en la ley o que este se destine para otro uso, si la mina estuvo inactiva por un lapso de cuatro años sin presentar un proyecto de activación, incluyendo el incumplimiento de disposiciones ambientales. Cuando la Mina caduca esta vuelve a ser dominio del Estado y se inscribirá como vacante y puede ser dispuesta a ser adquirida en el futuro.

Sobre el cuidado ambiental en la actividad minera el Código de Minería Argentino dice:

Art. 247. – Están comprendidas dentro del régimen de esta Sección, todas las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, los entes centralizados o descentralizados y las Empresas del Estado Nacional, Provincial y Municipal que desarrollen actividades comprendidas en el Artículo 249.

Art. 249. – Las actividades comprendidas en la presente Sección son:

a) Prospección, exploración, explotación, desarrollo, preparación, extracción y almacenamiento de sustancias minerales comprendidas en este Código de Minería, incluidas todas las actividades destinadas al cierre de la mina.

b) Los procesos de trituración, molienda, beneficio, pelletización, sinterización, briqueteo, elaboración primaria, calcinación, fundición, refinación, aserrado, tallado, pulido lustrado, otros que puedan surgir de nuevas tecnologías y la disposición de residuos cualquiera sea su naturaleza.

Art. 248. – Las personas comprendidas en las actividades indicadas en el Artículo 249 serán responsables de todo daño ambiental que se produzca por el incumplimiento de lo establecido en la presente Sección, ya sea que lo ocasionen en forma directa o por las personas que se encuentran bajo su dependencia o por parte de contratistas o subcontratistas, o que lo causa el riesgo o vicio de la cosa.

El titular del derecho minero será solidariamente responsable, en los mismos casos, del daño que ocasionen las personas por él habilitadas para el ejercicio de tal derecho.

Art. 251. – Los responsables comprendidos en el artículo 248 deberán presentar ante la autoridad de aplicación, y antes del inicio de cualquier actividad especificada en el Artículo 249, un Informe de Impacto Ambiental.

La autoridad de aplicación podrá prestar asesoramiento a los pequeños productores para la elaboración del mismo. (Codigo de Minería, 1886)

En relación al cuidado del medio ambiente y su preservación, Argentina da un conjunto de normas para el desarrollo de la producción metalífera minera, lo más relevante es la presentación antes del inicio de sus actividades de un Informe de Impacto Ambiental, si el informe es pertinente y se aprueba el concesionario es habilitado a explorar de forma libre sin tener sujeción a otras reglas que no sean las de su misma seguridad, policía y la conservación medio ambiental.

Con respecto a la consulta previa en Argentina no existe una Ley de Consulta previa, sin embargo el Estado Argentino se encuentra suscrito al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que garantiza la consulta previa a los pueblos indígenas, esto ratificado en los acuerdos de la Ley Nacional 24.071, a su vez la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas habla en su artículo 32.2 sobre obtener el consentimiento libre e informado de estos pueblos por medio de consultas cooperando de buena fe, antes de aprobar cualquier proyecto que pudiera afectar sus tierras o territorios, relacionados a su desarrollo o la utilización y explotación de los recursos minerales entre otros, Argentina también menciona en su Constitución Nacional, capítulo cuarto en atribuciones del congreso Art. 75 inciso 17 lo siguiente:

“Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” (Constitución de la Nación Argentina, 1853)

Aquí en este inciso garantiza la participación en la gestión que hace referencia a los recursos naturales y a los intereses que los afecten, reconociendo el derecho a la consulta previa

El Decreto 672/16 que crea al Consejo Consultivo de los Pueblos Indígenas de Argentina expone:

“Que la consulta es el derecho de los Pueblos Indígenas u Originarios de poder intervenir de forma previa sobre las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente sus derechos colectivos, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. También corresponde efectuar la consulta respecto a los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos. (...) Que a los fines de lograr adecuadamente la participación de los Pueblos Indígenas conforme a las pautas mencionadas en el Considerando precedente, es necesario establecer los contenidos, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los Pueblos Indígenas respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente...”. (Decreto 672/16, 2016)

Así mismo el Consejo Consultivo y Participativo de los Pueblos Indígenas de la República de Argentina, facilitara las condiciones para que se haga un dialogo intercultural. Para lograr que las medidas legislativas o administrativas que puedan afectar a dichos pueblos incluyan la participación de estos en la toma de decisiones para llegar a acuerdos y consentimientos para las medidas que se proponga, en ningún caso se podrá reemplazar el proceso que se lleva a cabo para respetar el derecho a la consulta.

Con el marco jurídico mencionado, a las comunidades y pueblos indígenas se les garantiza el derecho a ser consultados de forma previa, por medio de sus autoridades representativas, y a

través de mecanismos adecuados, cada vez que se busque aprobar una medida que los llegue a afectar de alguna manera, de esta manera se constituye un derecho fundamental para estas comunidades y funciona como herramienta al momento de preservar la identidad cultural y derechos. Para que la consulta previa sea válida en este País se debe adecuar a las normas mencionadas y a doctrina de organismos internacionales, en lo que respecta a este tema de estudio se debe realizar obligatoriamente cuando se autorice cualquier programa de prospección o explotación de los recursos dentro de sus territorios.

Con respecto a las servidumbres según el Código de Minería Argentino las obras mineras son consideradas de utilidad pública, por lo que no se puede impedir ni suspender, excepto cuando sea necesario cuidar la seguridad pública, la conservación de pertenencias, la salud o vida de sus trabajadores, el minero es dueño de todo lo que se encuentre en los límites de sus pertenencias independientemente de las sustancias minerales que se encuentren allí y está obligado a informar a la autoridad minera sobre alguna sustancia diferente a la que se indicó en el registro a efecto de regalías y su pago. (Codigo de Minería, 1886)

Una vez que se verifica la concesión, los fundos superficiales e inmediatos quedaran sujetos a servidumbre con la previa indemnización, las servidumbres que son referentes a fundos extraños, van a tener lugar cuando no puedan constituirse dentro de la concesión y para poder proceder con dichas servidumbres se debe tener el respectivo permiso de la autoridad. (Art. 151 código de Minería). Las servidumbres se deben constituir previa indemnización que es el valor de las piezas de terreno que se ocupan y de los perjuicios que se den luego de la ocupación.

Es importante citar lo que menciona el Art 153 del Código de Minería que expresa:

“Art. 153. – Cuando los trabajos que han de emprenderse, sean urgentes; o cuando se trate de la continuación de otros ya entablados, cuya paralización cause perjuicio; o cuando hayan transcurrido QUINCE (15) días desde el siguiente al aviso del concesionario o a la reclamación del propietario, o cuando los perjuicios no se han producido, o no puede fijarse fácilmente el valor de la indemnización, podrá aquél pedir la constitución previa de la servidumbre, otorgando fianza suficiente.” (Codigo de Minería, 1886)

El concesionario puede proceder con sus labores bajo las habitaciones y lugares reservados, con el previo permiso, otorgado luego de la citación al propietario y luego del pago de la correspondiente fianza, la autoridad no otorga el permiso cuando la seguridad de habitaciones y

moradores corra peligro, sin embargo el concesionario puede pedir la adjudicación de estas habitaciones con el terreno correspondiente probando ante la autoridad correspondiente la utilidad inmediata que resulta a la exploración.

Así también el Art. 156 del Código de minería dictamina:” *La concesión de una mina comprende el derecho el derecho de exigir la venta del terreno correspondiente.*” (Codigo de Minería, 1886) Esta es una de las facultades que el Estado otorga a la actividad minera para suplir sus necesidades operativas tomando en cuenta lo que antes se mencionó que la actividad minera en este país es considera de utilidad pública, previo a esto se debe acoger a lo que dictaminan las servidumbres.

Cuando los terrenos pertenecen a particulares de debe de pagar previamente el valor del terreno y los prejuicios que se le puedan ocasionar, si el minero los tiene ocupados o los quiere ocupar debe otorgar fianza suficiente, mientras se practiquen las respectivas diligencias que conducen al pago, dentro de esta valoración se considerara el espacio comprendido en las señales o linderos provisionales que se fijaron para determinar la pertenencia, si antes de solicitar el terreno ya le hubiera dado al dueño un valor por los daños de los trabajos el avaluó se sujetara al estado en que se encuentre la propiedad al momento de la compra y si ya se hubiera pagado algunas piezas del terreno este valor se tomara en cuenta como parte del precio.

- **Análisis comparativo con Ecuador**

Comenzando con el análisis se puede decir que la legislación Ecuatoriana y Argentina concuerdan que se la actividad minera se la declara como de utilidad pública, así también el señalar que el estado tienen dominio absoluto de los minerales que existen en el suelo y subsuelo, de manera independiente a los terrenos que se encuentren en la superficie, el Estado ecuatoriano consagra constitucionalmente al sector minero como de atención prioritaria, y como ya se mencionó anteriormente estratégico por ser un motor para la economía del país, en Ecuador se concuerda con la legislación Argentina en el hecho de separar la propiedad de los derechos superficiales de los subterráneos.

En Argentina al derecho minero se lo considera como un derecho real, en el Código de Minería argentino se dispone que las minas se las considere como inmuebles, y además se le otorga al beneficiario la posibilidad de buscar minas, aprovecharlas, y de hacer uso de ellas como dueños.

Con respecto a la fase de exploración en Ecuador el titular de la concesión minera, debe hacer labores de exploración en el área que se le concedió por un plazo de cuatro años la denominada exploración inicial, siempre y cuando se haya cumplido con las inversiones mínimas, el concesionario puede solicitar cuatro años más para hacer las labores de exploración avanzada, en esta fase se debe renunciar a una parte de la superficie que se le otorgo, adicional se solicitara un periodo de dos años para la evaluación economía del yacimiento, mientras tanto en Argentina se otorga la exclusividad a la persona para explorar un área determinada estableciendo unidades de medida de quinientas hectáreas cada una fijando como límite veinte permisos por persona, previamente obtenido el permiso del propietario del suelo en base a lo que expresa el Art. 26 del Código de Minería argentino.

Es importante tomar en cuenta que según la Ley de Argentina, las minas se conceden a los particulares por un tiempo ilimitado a diferencia de Ecuador que el tiempo de duración de una concesión minera es de hasta veinte y cinco años que podrían ser renovados por periodos iguales, siempre que se presente petición escrita.

En Argentina al igual que en Ecuador no existe una Ley de Consulta Previa, sin embargo se encuentra suscrito al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en donde se garantiza el ejercicio de la consulta previa a los pueblos indígenas.

En lo que respecta a las servidumbres al igual que en Ecuador la minería es declarada como de utilidad pública, en Argentina no se puede impedir ni suspender la actividad minera exceptuando casos en los que se deba resguardar la seguridad pública, cuando ya se encuentra verificada la concesión los predios superficiales e inmediatos quedan sujetos a servidumbres, estas servidumbres se constituirán previa indemnización que son el valor de las piezas de terreno que se ocuparan, algo muy importante y que no se contempla en la legislación ecuatoriana es que en Argentina el concesionario minero tienen el derecho a exigir la venta del terreno correspondiente, de esta manera el estado otorga a la actividad minera la facultad de suplir necesidades y reforzando de esta manera la consideración de utilidad pública, mientras se realizan este procedimiento el minero debe pagar la fianza correspondiente si los terrenos ya se encuentran ocupados o los desea ocupar.

4.8.2 Minería en la legislación Chilena

Chile tiene protagonismo a nivel internacional al ser uno de los más importantes proveedores y exportadores de cobre entre otros minerales, el país tiene intereses como el interés estatal público, privado, y también el internacional, su esencia es el mejor aprovechamiento de los recursos naturales, a través de su explotación de los mismos, la legislación minera en Chile, constituye un régimen jurídico especial, que regula todo lo que abarca la industria minera para que se desarrolle de manera lícita.

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 dispone que:

“El estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en estas las covaderas, las arenas metalíferas, los solares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles y que corresponde a la ley determinar que sustancias, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación.”
(Constitución Política de la República de Chile , 1980)

Esto lo recalca el Código de Minería que nos dice en su artículo uno que el Estado tiene dominio absoluto, inalienable e imprescriptible sobre las minas y que los particulares están autorizados a pedir concesiones mineras. (Codigo de Minería Chileno, 1983)

Adicional a esto el Código de Minería regula la concesión, su naturaleza, las obligaciones y derechos, así como también su duración.

Con Respecto al dominio en Chile no tiene entrada una autoridad minera, como la hay en otros países de la región, en este país es el Poder Judicial el que se encarga de constituir las concesiones, el Ministerio de Minería no es el que otorga las concesiones y tampoco resuelve los conflictos en caso de que exista un carácter administrativo en el régimen de concesiones.

El Ministerio de Minería se encarga de traducir la intervención que hace el estado en las actividades mineras, entre sus atribuciones tenemos el planificar y ejecutar la política respecto al fomento minero, así como también la protección de las riquezas mineras a nivel nacional, basadas en las disposiciones del Presidente de la Republica, también dicta las normas para que esto se lleve a cabo y de esta manera maximizar el aporte económico de parte de la minería para el país.

En Chile la concesión es dada por el Poder Judicial, después de un proceso no contencioso que tiene como finalidad instaurar un título de propiedad sobre la concesión. (Codigo de Minería Chileno, 1983)

Con respecto al tipo de derecho la ley Orgánica constitucional sobre concesiones mineras nos especifica esto en su artículo 2 que dictamina:

“La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial, aunque tengan un mismo dueño; oponible al Estado y a cualquier persona; transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y otros derechos reales y, en general, de todo acto o contrato; y que se rige por las mismas leyes civiles que los demás inmuebles, salvo en lo que contraríen disposiciones de la ley orgánica constitucional o del presente Código” (Ley Organica Constitucional Sobre Concesiones Mineras, 1982)

La Concesión minera es un derecho real e inmueble, es independiente al dominio del predio superficial, la también llamada pertinencia puede ser de exploración o explotación, esta concesión tiene como guía las leyes civiles sobre el resto de inmuebles.

La Sentencia que da paso a la concesión da lugar al título de propiedad sobre ella y da así mismo da originariamente su posesión, lo que se traduce en un título de propiedad sobre la concesión. Solo desde que queda instituida la concesión el titular de la misma podrá efectuar trabajos para desarrollar la exploración o explotación respectivamente.

El Código de Minería Chileno también nos habla de la capacidad que tiene toda persona de manifestar su deseo y adquirir concesiones en trámite o constituidas también las personas que tienen impedimento para adquirirlas todo esto está incluido en el Artículo 22 de dicho Código.

Con respecto a la duración de la concesión de exploración, esta tendrá una duración de dos años contados desde que se da la sentencia constitutiva, se puede solicitar por una sola vez una ampliación por el mismo periodo de tiempo siempre que se haga abandono de al menos la mitad de la superficie que se le concedió, durante esta concesión de exploración solo el titular puede solicitar la explotación dentro de la superficie. (Codigo de Minería Chileno, 1983)

Sobre la duración y extinción de las concesiones mineras el Artículo 17 de la ley Orgánica constitucional sobre concesiones mineras expresa:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, la concesión de exploración no podrá tener una duración superior a cuatro años; y la de explotación tendrá una duración indefinida.” (Ley Organica Constitucional Sobre Concesiones Mineras, 1982)

En Chile las concesiones de exploración duran dos años que pueden extenderse a cuatro si al menos la mitad de la zona cubierta en la petición original sigue sin explorarse, sin embargo la concesión de explotación no tiene límite de tiempo.

Sobre la caducidad, la concesión minera puede caducar si la inscripción de la sentencia constitutiva no se requiere en un plazo de 120 días por parte del beneficiario, también caducara la concesión de exploración si se caduca el plazo que se da para la realización de esta o si el titular realiza por el mismo trabajos de explotación. La concesión es renunciabile por medio de escritura pública. (Codigo de Minería Chileno, 1983)

En lo que se refiere al medio ambiente el Código de Minería Chileno no menciona nada al respecto como un requisito para obtener la concesión, sin embargo este país si tiene un órgano que regula el ámbito ambiental, que es el Ministerio del Medio Ambiente, y la Evaluación de impactos ambientales y unificación de criterios para la evaluación la realiza el Servicio de Evaluación Ambiental, así también para la regulación de controversias existe un Tribunal Ambiental, en la regulación Chilena algunos de los temas ambientales aun no son propiamente integrantes de la regulación minera, sin embargo si se causa daño ambiental en el ejercicio de la actividad minera existen responsabilidades, la de reparar el medio ambiente dañado y la responsabilidad civil de indemnizar por los perjuicios ocasionados.

En lo que respecta a la consulta previa Indígena en el ámbito de concesiones mineras, la legislación chilena no contempla la obligación de consultar a dichos pueblos para otorgar las concesiones mineras otorgadas por medio judicial, La Constitución Chilena en su Art. 19 inciso 24 dice:

“Las concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional.” (Constitución Política de la República de Chile , 1980)

Así mismo el artículo 34 del Código de Minería Chileno señala:

“Las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial dictada en un procedimiento no contencioso, sin intervención decisoria alguna de otra autoridad o persona”.
(Constitución Política de la República de Chile , 1980)

Tomando en cuenta esta normativa legal y haciendo referencia a las concesiones sobre yacimientos de minerales concesibles procedo a hablar sobre el convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo que es un tratado de derechos humanos que se refiere a los pueblos indígenas y al que Chile se encuentra adscrito es el principal tratado internacional referido a los problemas de esta población, este convenio dicta en su artículo 6 que la consulta es un deber para los estados y nos dice:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”*
(OIT, 1989)

Es claro de observar que el estado está obligado a realizar la consulta a los pueblos indígenas cuando se quiera realizar proyectos de prospección y exploración de minerales que se encuentren en sus tierras, sin embargo como ya se mencionó las concesiones mineras en Chile son dadas por una resolución judicial, y el convenio señala como medidas a consultar las legislativas y administrativas no las judiciales esto es confirmado por el Art. 34 del Código de Minería, por lo cual para otorgar estas concesiones mineras no se requiere consulta previa para su valides aun cuando se cumpla con el requisito de la susceptibilidad de afectación de forma directa. Ahora bien este es solo un tipo de las concesiones otorgadas en Chile también existen las concesiones

administrativas sobre yacimientos de sustancias minerales que no son concesibles, El Código de Minería en su artículo 8 nos dice:

“La exploración o la explotación de las sustancias que, conforme al artículo anterior, no son susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.” (Codigo de Minería Chileno, 1983)

En este caso al ser una concesión otorgada directamente por el estado se traduce en una concesión administrativa, por lo que en este caso si sería exigible el inicio de un proceso de consulta, en este punto respecto a la consulta previa se puede decir que la consulta en este país es opcional dependiendo del tipo de concesión que sea basándose en el tratado internacional ya que su legislación no tiene como un punto importante a este tema y no se lo contempla.

Aunque se puede considerar que el acto de otorgar una concesión, aunque sea dictado judicialmente es parte de la administración del estado y se lo podría considerar administrativo, este acto es un acto reglado y no se podrá exigir al juez cambiar la norma de procedimiento, y que decida permitir la consulta, pues este se encontraría actuando contrario al derecho, por lo que el Código de Minería establece claramente los plazos y procedimientos para que se otorguen las concesiones por lo que incluso si alguien quisiera contrariarlo aplicando este reglamento no procede la consulta.

En lo que concierne a las Servidumbres Chile que es un país en el que el sector minero es muy importante la servidumbre minera no es considerada una limitante por lo que se ha constituido en una institución para facilitar el acceso del concesionario a los predios de particulares, pero claro por medio de una formula controvertida, En su Norma Suprema Art 19, inciso 24 se enuncia:

“(...) Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés

nacional, calificada por el legislador.” (Constitución Política de la República de Chile , 1980)

De esta forma el sistema jurídico opta por dar prioridad al titular minero en cualquier conflicto con el propietario del terreno de interés, por lo que el mecanismo institucional que se usa para ejecutar esta disposición es la servidumbre y este dictamen está instaurado en la Constitución de este país, así mismo esta norma refuerza lo antes mencionado diciendo que nadie puede ser privado de su propiedad solo en caso de utilidad pública o de interés nacional que sea calificado por el legislador, sin embargo en la misma Constitución se expresa que la Minería es de interés público, por lo que el concesionario tiene prioridad en el caso de cualquier conflicto. El estado tiene dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, considera si, la propiedad de las personas naturales o jurídicas que se encuentren en un territorio que en el subsuelo tengan estos recursos naturales pero la Constitución sujeta a estos predios a dar facilidad para la exploración, explotación y beneficio de estos minerales. (Codigo de Minería Chileno, 1983)

Es importante mencionar que el expropiado puede reclamar la legalidad de este acto ante los tribunales ordinarios y siempre tendrá derecho a una indemnización por el daño patrimonial que se le causa, esta se fijara de común acuerdo o por una sentencia dictada por dichos tribunales, a falta de un acuerdo la indemnización se pagara en dinero en efectivo de contado.

En el Código de minería esto se contempla en el Título IX que nos habla de las servidumbres que gravan los predios superficiales su artículo 120 inciso primero expresa:

“Artículo 120.- Desde la constitución de la respectiva concesión y con el fin de facilitar la conveniente y cómoda exploración y explotación mineras, los predios superficiales están sujetos a los siguientes gravámenes:

1° El de ser ocupados, en toda la extensión necesaria, por canchas y depósitos de minerales, desmontes, relaves y escorias; por plantas de extracción y de beneficio de minerales; por sistemas de comunicación, y por canales, tranques, cañerías, habitaciones, construcciones y demás obras complementarias.” (Codigo de Minería Chileno, 1983)

En este artículo se deja sentado que los previos pueden ser utilizados en toda la extensión que se necesite para facilitar el desarrollo de las actividades mineras, estas mismas servidumbres pueden imponerse a favor de establecimientos de beneficio de minerales, estas servidumbres se constituirán cuando ya se haya determinado el monto de la indemnización por el daño que se pueda

causar al dueño de los terrenos, la constitución de las servidumbres, el ejercicio, y las respectivas indemnizaciones se determinan por acuerdo de los interesados, y esto debe constar en una escritura pública, o también por resolución judicial, el pago de esta indemnización puede hacerse en un solo pago o de forma periódica esto se puede resolver o convenir.

Las servidumbres son transitorias, y no se pueden aprovechar para otra cosa que no sea para la respectiva concesión y para las obras para las que hubieran sido constituidas, se pueden ampliar o restringir en base a estas mismas actividades y cesaran cuando termine este aprovechamiento.

Puedo decir que en este sentido la legislación chilena es muy semejante a nuestro país sin embargo el artículo 125 del Código de Minería dice:

“Mientras se tramita el juicio respectivo, el juez podrá autorizar al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado” (Codigo de Minería Chileno, 1983)

Este es un punto importante a considerar, ya que mientras dure el trámite para autorizar la servidumbre el concesionario puede solicitar al juez que se le autorice para estar haciendo uso de la servidumbre y así poder continuar con los procesos mineros y no tener retrasos, claro teniendo en cuenta que está sujeto a responder a las indemnizaciones que se le asignen.

Estas servidumbres se aplican tanto para concesiones mineras como para establecimientos de beneficio de minerales.

- **Análisis comparativo con Ecuador**

Para comenzar el análisis comparativo con este país es importante mencionar la limitación en la extensión de las concesiones, en Ecuador se establece que el límite es de 5,000 hectáreas por cada una, este límite consta en la Ley de Minería, este panorama es similar a la legislación chilena donde el límite de sus concesiones también es de 5,000 hectáreas sin embargo la diferencia radica en que en este país no se limita el número de concesiones por persona, a diferencia de Ecuador que establece la limitante de tres concesiones por concesionario.

Como ya se ha mencionado Chile al igual que Ecuador concuerdan en que la actividad minera es considerada como de utilidad pública, al igual que en el hecho de separar la propiedad de los derechos superficiales de los derechos subterráneos, En Chile la concesión minera da derechos sobre las sustancias que se denominan concesibles, y que existan en los límites de la

concesión exceptuando los hidrocarburos, el litio, los yacimientos ubicados en aguas marinas y las zonas de seguridad nacional, en este país las concesiones mineras se constituyen por resolución judicial, que se dicta en un proceso no contencioso sin la intervención de otra persona, la sentencia que se da en este proceso se constituye como el título de propiedad sobre la misma, esto no sucede en el Ecuador donde la entidad que se encarga de otorgar estos títulos mineros es el Ministerio de Minas que a su vez otorga derecho de continuidad de trabajo, construcciones e instalaciones complementarias.

En nuestro país Ecuador este derecho le faculta a al concesionario la posibilidad de construir campamentos, edificios, estanques, depósitos, entre otras que se considera necesaria para realizar de mejor manera las actividades de minería, en lo que refiere a Chile, además de esto se puede adecuar y construir demás obras que se considere necesarias para complementar las actividades sin que se deba solicitar autorizaciones o permisos previos de ninguna otra entidad.

Otro derecho que se otorga al momento de recibir una concesión es el aprovechamiento del agua y la respectiva constitución de servidumbres, estas permiten la ejecución de los trabajos de minería en forma general, como también el aprovechamiento del agua y la autorización de servidumbres para acceder al agua, esta autorización la debe otorgar la autoridad única del agua, ahora bien en Chile este trámite se abrevia ya que esta autorización ya está contenida en la misma concesión, de tal manera que el concesionario tiene derecho al aprovechamiento de estas aguas en medida que se vaya necesitando a lo largo del desarrollo de los trabajos de minería, este derecho es un derecho inseparable a la concesión minera en Chile y se extingue con esta.

En el caso de Chile la concesión se constituye en un derecho real e inmueble, distinto y de manera independiente al predio superficial, este mismo siendo oponible al Estado y a persona alguna, teniendo la calidad de transmisible y transferible.

Los derechos mineros son susceptibles de cesión y transferencia, sin embargo para poder realizar esto se requiere autorización previa de la Agencia de Regulación y Control Minero, misma que no otorga, ni emite estos derechos mineros, además de esto el Estado califica la transferencia e idoneidad del cesionario, todo esto se traduciría en una falta de claridad respecto a las competencias de los entes de control.

En Chile se evita este tipo de duplicidad de competencias ya que son los jueces civiles los que tienen competencia de conocer cualquier asunto ya sea o no contencioso respecto a concesiones

administrativas o judiciales, además no se requiere previa autorización de parte del juez de lo civil para poder transferir la concesión minera a otra persona, por lo que aquí son aplicables las mismas normas aplicadas a los bienes raíces basándose en el Derecho Civil.

En la prospección la Ley Ecuatoriana da la facultad a cualquier persona para que pueda realizar la búsqueda de minerales en áreas mineralizadas, exceptuando las áreas protegidas y las que se comprende dentro de los límites de otras concesiones mineras, además de las que se prohíbe en la ley, en Chile esta fase se llama “catar y cavar” y también faculta a cualquier persona para que la realice en terrenos incultos y abiertos sin tomar en cuenta quien sea su dueño siempre teniendo por escrito el permiso del mismo, sin embargo la legislación Chilena brinda un beneficio a las personas interesadas en encontrar minerales ya que les permite además de examinar e investigar la posibilidad de imponer temporalmente las servidumbres que considere necesarias sobre los predios con una duración de hasta seis meses, el dueño del predio tiene el derecho de recibir la indemnización que corresponda.

La duración de la concesión minera en Chile es indefinida a partir de la etapa de explotación.

En lo que refiere a la consulta previa en Chile no existe una Ley de Consulta Previa, así mismo en este país no es obligatoria la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas, el país se encuentra suscrito al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que es un tratado internacional que se refiere a los derechos humanos de los pueblos indígenas, ahora bien todos los países analizados en este proyecto de investigación se encuentran suscritos a este tratado y por eso la aplicación de la consulta se considera obligatoria para cada uno de ellos sin embargo en Chile no es así debido a que el tratado en su artículo seis dice claramente que la consulta se debe aplicar de forma obligatoria cuando hayan medidas legislativas o administrativas que afecten a estos pueblos

Ahora bien en Chile las concesiones mineras se las crea siempre por resolución judicial por ende no ingresan en las mencionadas por el tratado, y esto se traduce en que la consulta previa para el otorgamiento de concesiones mineras en Chile no es obligatorio.

4.8.3 Minería en la legislación Peruana

La Constitución Política del Perú en su artículo 66 nos dice:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal. (Constitución Política del Perú, 1993)

En Perú al igual que los otros países los recursos no renovables pertenecen al Estado y se garantiza desde su ley suprema, así también se lo determina como un derecho real al derecho que se otorga con la concesión.

Quien tiene la atribución de otorgar el título de la concesión minera de beneficio, transporte, labores en general, entre otras es la Dirección General de Minería que es una dependencia del Ministerio de Energía y Minas, esto está expresado en la Ley General de Minería en el artículo 101, por otro lado también es importante mencionar a las autoridades mineras, este mismo cuerpo normativo regula que el Concejo de Minería actuara como la última instancia en la vía administrativa minera, y debe seguir la jurisprudencia minera. (Ley General de Minería, Perú, 1992)

De la misma manera el Artículo 102 de la Ley General de Minería dice que la Dirección de Fiscalización Minera, tiene atribuciones de dictaminar y opinar sobre contratos de estabilidad tributario, el correcto cumplimiento de obligaciones de titulares de derechos mineros, la calificación de estos titulares en pequeños, medianos, grandes, entre otros.

Como ya se había mencionado respecto al Dominio los recursos naturales pertenecen al Estado de forma Inalienable e imprescriptible, el Estado la fiscaliza en base al principio de simplificación administrativa, el aprovechamiento de estos recursos es empresarial por parte del Estado y por parte de los particulares es por medio del régimen de concesiones, esto está plasmado en la Ley General de Minería.

Sobre el Régimen de Concesión, este se encuentra regulado en la Ley General de Minería, el Estado le da al concesionario el Derecho de ejercer las actividades referentes a la concesión y demás derechos derivados, solo dentro de la superficie que fue debidamente delimitada, las concesiones son irrevocables en cuanto el titular cumpla con las obligaciones que exige la ley durante su vigencia, estas actividades de exploración explotación, beneficio, labor

general y transporte son llevadas a cabo por personas naturales o jurídicas, extranjeras o nacionales, por medio del sistema de concesiones. (Ley General de Minería, Perú, 1992)

En las concesiones de exploración y explotación, la concesión otorga al titular del derecho la potestad de ejercer estas actividades, sobre los recursos minerales concedidos, que se encuentren en un sólido de profundidad indefinida, esto limitado por planos verticales, simulando los lados de un cuadrado, rectángulo o poligonal cerrado, estas no son las únicas concesiones mineras en este país pues la Ley General de Minería también contempla la concesión de beneficio, la concesión de labor general y la concesión de transporte minero. En este país el título minero de la al concesionario el derecho a ejercer todas las fases mineras, siendo discrecional del mismo concesionario el cambio de fases con el único límite de que para ejercer las actividades de explotación con un máximo de diez años después de que se adquiere el título minero. (Ley General de Minería, Perú, 1992)

Con respecto a la caducidad de la concesión, como primer punto está el no pago oportuno del Derecho de Vigencia o la penalidad según sea el caso durante dos años consecutivos (Artículo 59 de la Ley General de Minería), así también no poner en producción la concesión dentro del término que otorga la autoridad minera.

Un causal de caducidad de las concesiones de transporte y labor general es el incumplimiento de la instalación dentro del plazo que está fijado y también el incumplimiento de las condiciones pactadas en su otorgamiento.

El Artículo 62 de la Ley General de Minería no dice que es causal de abandono de los pedimentos de concesión el incumplimiento de las normas de procedimiento. Así mismo se cancelaran las peticiones de concesiones cuando se superpongan a los derechos prioritarios y cuando el derecho resulte inubicable, el área de la concesión se puede renunciar de forma parcial siempre que el área retenida no tenga una dimensión menor a una cuadrícula de 100 hectáreas.

La renuncia o cancelación, el abandono, la nulidad y la caducidad serán declarados por resolución por parte de la Jefatura del Registro Público de Minería. (Ley General de Minería, Perú, 1992)

Con respecto al Cuidado Ambiental en Perú a diferencia de Ecuador y Argentina que tienen regulaciones ambientales en sus respectivos códigos de Minería en Perú este tema lo regulan cuerpos normativos separados.

El marco legal ambiental incluye entre otros a la Ley General del Ambiente, la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y su respectivo reglamento, dentro de estas normas se encuentran principios y reglas que van dirigidas a asegurar la protección del ambiente.

El gobierno del Perú, a través del ministerio del ambiente y de otras entidades administrativas posee la facultad de emitir y aplicar las normas relacionadas a materia ambiental. (Ley General del Ambiente , 2005)

La Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental establece que se debe tener las autorizaciones instrumento de gestión ambiental, todo esto previo a desarrollarse los proyectos de inversión pública y privada que por su actividad puedan llegar a tener impactos negativos en el ambiente, estos instrumentos de gestión ambiental se clasifican en categorías I, II, III dependiendo del impacto de su proyecto, en el caso de la actividad minera de mediana y gran escala el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles, es la autoridad competente designada para aprobar esta autorización que está catalogada en la categoría III, que requiere de un estudio de impacto ambiental detallado, y que menciona que estos proyectos de inversión podrían generar impactos negativos altos. (Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, 2001)

Por otra parte el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental es la entidad que se encarga de la supervisión y fiscalización para asegurar que se cumpla con los compromisos y obligaciones de parte de los titulares de la actividad minera.

Con respecto a la consulta previa en Perú, en este país existe la Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. Esta se instaura en el 2011 y regula el derecho a la consulta y el consentimiento previo, informado y libre a los pueblos indígenas cuando se quieran realizar medidas administrativas y legislativas que puedan llegar a afectar sus derechos colectivos, con eso se llega a un acuerdo entre el Estado y los pueblos originarios e indígenas, por medio de un dialogo intercultural que sea inclusivo en la toma de decisiones.

La mencionada ley en su artículo 1 nos dice:

...Se Interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, 2011)

Este convenio ya fue analizado anteriormente en este estudio pero es importante mencionar que esta ley debe ser interpretada en base a él.

Se consulta a los pueblos originarios e indígenas a través de sus organizaciones representativas, quien consulta es la entidad promotora, que proviene de parte del Estado y que es responsable de impulsar la medida administrativa o legislativa la que será objeto de consulta, no es posible que esta consulta sea hecha por entidad privada o empresa. (Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, 2011)

El ministerio de cultura por medio del Viceministro de Interculturalidad es el órgano que se especializa en materia indígena del Ejecutivo, tiene como misión la de articular, concertar, y coordinar la implementación de la consulta, otorga asesoría, capacitación a las entidades que realizaran la consulta y asesoría técnica, el Ministerio de Cultura tiene a cargo suyo la base de datos de pueblos originarios pueblos indígenas, así como también de intérpretes y facilitadores, esta entidad registra los resultados de las consultas, y resuelve en última instancia administrativa los recursos pedidos por los pueblos indígenas en el ejercicio de su derecho de petición cuando se trata de entidades del ejecutivo. (Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, 2011)

Una vez que se realiza la petición el Estado tiene siete días para responder a la misma, así mismo si se solicita una reconsideración el Estado tiene siete días más para responder, en estos casos si la entidad es el Ejecutivo la apelación es resuelta por el Viceministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura. (Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios, 2011)

En lo que respecta a los proyectos mineros la entidad promotora es el Ministerio de Energía y Minas, a través de la Oficina de Gestión de Dialogo y Participación Ciudadana, en este tipo de procesos la medida a consultar es si se autoriza el inicio de actividades mineras de exploración.

La Ley de consulta previa no afecta a las medidas legislativas y administrativas previas a la vigencia de la Ley.

Con respecto a las servidumbres El titulo Quinto de la Ley General de Minería Peruana en su Artículo 37 habla de los atributos de los que gozan los titulares de concesiones, entre ellos está el de solicitar a la autoridad minera , la autorización para instaurar servidumbres en terrenos de particulares, cuando estos sean necesarios para la racional utilización de su concesión, esta

servidumbre se instaurara con la previa indemnización pagada al dueño del terreno que se pretende usar, la autoridad minera dispondrá expropiación si la servidumbre altera el derecho de propiedad, esto puede ser de oficio o a petición del particular dueño del terreno, (Ley General de Minería, Perú, 1992) de acuerdo a lo establecido en el Artículo 70 de la Constitución Política de Perú, a nadie se le puede privar de su propiedad, sino únicamente por motivos de seguridad nacional o por necesidad publica que sea declarada por la Ley, es importante mencionar la actividad minera es considerada como de utilidad pública. (Constitución Política del Perú, 1993)

Así mismo el concesionario tiene derecho a solicitar la expropiación, previa indemnización de los inmuebles destinados a otro fin económico, para su utilización en la concesión y luego de acreditarse la mayor importancia de la actividad minera sobre la actividad afectada, todo esto a juicio de la autoridad minera. (Ley General de Minería, Perú, 1992)

La Ley Nro. 26505 que se refiere a la utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos expresa en el Art. 7:

“La utilización de tierras para el ejercicio de actividades mineras o de hidrocarburos requiere acuerdo previo con el propietario o la culminación del procedimiento de servidumbre que se precisará en el Reglamento de la presente.” (Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las Actividades Económicas en las tierras del territorio nacional y en las comunidades campesinas y nativas, 1995)

Así como está reglamentado el procedimiento para el desarrollo de la servidumbre minera que se ampliara posteriormente, se promueve el dialogo entre partes para alcanzar un acuerdo y de no ser posible dicho entendimiento no se puede imponer una servidumbre legal.

Entre las atribuciones que tiene la Dirección General de Minería está el de resolver sobre las solicitudes para establecer de las servidumbres y expropiaciones, el procedimiento para el otorgamiento de servidumbre minera tienen las siguientes etapas: En primer lugar el trato directo, el titular del derecho minero pasa una carta notarial al propietario superficial con el fin de proponerle llegar a un acuerdo de forma directa, en el caso de que no se alcance un acuerdo en 30 días, el concesionario debe comunicar a la Dirección General de Minería que se da por culminada dicha etapa.

La siguiente etapa es la de conciliación la Dirección General de Minería convoca a las dos partes a una conciliación por medio de un centro de conciliación, que es elegido por las partes de

mutuo acuerdo y de no ser así lo eligen las autoridades de los Ministerios de Agricultura y Energía y Minas, para esta etapa de asigna una duración de 30 días que se cuentan desde la invitación que hace para conciliar, como tercera etapa paralelamente a la conciliación esta la etapa de peritaje.

El Ministerio de Energía y Minas designa un perito minero, y este se debe pronunciar sobre magnitud y necesidad de la servidumbre, tomando en cuenta la actividad minera que se proyecta, de la misma forma este mismo ministerio solicita a la Comisión Nacional de Tasaciones, que se nombre un perito agrónomo para realizar la valuación del área afectada, y que a su vez emita informe sobre la servidumbre y si es factible sin alterar el predio, ósea que el predio sirviente quede afectado de manera grave o se convierta en inútil para las actividades para las que hasta ahora se le estaba dando uso

Todas estas pericias se deben emitir en 15 días y adjuntarse para el proceso de conciliación y que alimenten el dialogo, como cuarta etapa continua el Procedimiento Administrativo de Servidumbre Legal, en un plazo de 30 días se debe emitir opinión acerca del cumplimiento de los requisitos para se otorgue la servidumbre, esto por parte de los Directores Generales de Minería y de Promoción Agraria, si esta opinión es favorable el Director de Minería preparara un proyecto llamado de resolución suprema, y en este se determinara la indemnización y una minuta que establecerá la servidumbre

Posterior a esto en un plazo de 10 días el solicitante consigna la indemnización a la Dirección General de Minería, se suscribe la minuta y escritura del otorgamiento de la servidumbre, si el dueño del predio no firma esta escritura la misma se firma por el Director General de Minería. (Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las Actividades Económicas en las tierras del territorio nacional y en las comunidades campesinas y nativas, 1995)

En el Perú la legislación ambiental establece el deber para el concesionario de ejecutar planes para el cierre de minas, esto con la finalidad de que se rehabilite el área que se usó para la actividad minera y de esta manera rehabilitar y otorgar un uso alternativo a la zona afectada. (Ley General de Ambiente Perú, 2005)

- **Análisis comparativo con Ecuador**

En Perú se aplica el precepto constitucional que decreta que el único mecanismo para delegar por parte del estado la operación de recursos es la concesión, a diferencia del Ecuador en el que se exigen una serie de documentación y tramitología, como ya se ha mencionado con

anterioridad todas las legislaciones estudiadas son similares en cuanto a separar la propiedad superficial de la subterránea, sin embargo Perú ha avanzado mucho más en esto ya que el concesionario minero tiene el derecho de solicitar se le brinde acceso, o a obtener la propiedad de la tierra de forma prioritaria, cuando este evidencie que el desarrollo de la actividad minera es las beneficiosa ante otras actividades económicas.

Con respecto al título minero, si bien es cierto que el título minero ecuatoriano brinda el derecho de ejercer las fases mineras al concesionario dentro de esto existen actos administrativos que se deben realizar, en Perú el título minero le da al concesionario de cambiar de fase a discreción del concesionario de acuerdo a sus avances y necesidades sin solicitar permisos, el único límite que tiene es que se debe empezar con las labores de explotación máximo diez años después de que se obtuvo el título minero.

En Perú se otorga la calidad de derecho real a la concesión minera esto lo consagra la Ley General de Minería de Perú, esta calidad que se le da permite plantear varios tipos de acciones para cumplir y proteger al título minero, principalmente lo hace susceptible de gravámenes reales.

Con respecto a la consulta previa de las legislaciones estudiadas Perú es el único país que si posee una Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios, esta ley le ha permitido a este país regular el derecho a la consulta y el consentimiento previo, informado y libre de los pueblos indígenas, esta ley se elaboró basándose en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, este parámetro sirve como una guía para nuestro país que aún no posee esta ley, que de desarrollarse fomentaría la formación de acuerdos entre el Estado y los pueblos Indígenas, por medio de diálogos inclusivos que llevarían al país a evitar conflictos que retrasan la ejecución de grandes proyectos mineros.

4.8.4 Minería en la legislación colombiana

La Constitución Política de Colombia expresa en su artículo 332:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

(Constitución Política de la República de Colombia, 1991)

Los recursos Naturales pertenecen al estado, así mismo esta misma Constitución manifiesta que la explotación de un recurso causa al estado una contraprestación económica que es la regalía, esto sin perjuicio de otro derecho compensativo que se acuerde, la ley determina qué condiciones se aplicaran para la explotación de los recursos no renovables, estableciendo las condiciones de participación de los beneficiarios, en conjunto las asignaciones, ingresos, procedimientos, órganos y regulaciones forman el Sistema General de Regalías.

Estos ingresos se destinan a financiar los proyectos de desarrollo económico, social y ambiental de los territorios, en los municipios, departamentos y distritos en los que se realicen las explotaciones de recursos naturales, incluidos los que poseen puertos marítimos y fluviales por donde se movilicen dichos recursos o sus derivados, tienen derecho a participar de compensaciones y regalías y también a ejecutar de forma directa estos recursos.

La autoridad nacional minera en Colombia es el Ministerio de Energía y Minas que conforme a la organización de la administración pública y la asignación de funciones a los que forman parte de la misma se le ha puesto a su cargo la administración de los recursos referentes a las minas.

Sobre el dominio de los recursos el Código de Minas de Colombia en su artículo 5 expresa:

“Propiedad de los Recursos Mineros. Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos”. (Código de Minas Colombia , 2001)

En el mencionado código se expresa que los minerales son de propiedad exclusiva del Estado, a excepción de títulos de propiedad privada constituidos con arreglos a las leyes preexistentes.

La Minería en este País es declarada como una actividad de utilidad pública o de interés social, por ende se pueden expropiar bienes y los derechos que se necesiten para el correcto desarrollo de la actividad a petición de la parte interesada.

El contrato de concesión se define en el artículo 45 del Código de Minas colombiano como el que se celebra entre el Estado y los particulares para hacer por su cuenta y riesgo los estudios, obras y trabajos de exploración de minerales que son de propiedad del estado y que se pudieran encontrar en una zona determinada y explorarlos en base a los términos y condiciones fijados en el Código de Minas. (Código de Minas Colombia , 2001)

El Código de Minas en Colombia nos habla sobre la capacidad legal para solicitar concesión y posteriormente celebrar el contrato y nos dice que se regula por disposiciones generales de contratación estatal, esta capacidad se refiere a las personas jurídicas públicas o privadas, y se necesita que en su objeto de encuentren expresamente la exploración y la explotación minera, tendrán los mismos derechos y obligaciones las personas extranjeras. (Código de Minas Colombia , 2001)

En Colombia el título minero incluye las fases de exploración técnica, económica, beneficio de minerales, y el cierre de trabajos así como el abandono de obras.

Dentro del contrato de concesión se incluye todos los minerales que son concesibles y que existan en una zona determinada otorgada, siempre y cuando el interesado no limite su solicitud, cuando se da esto la concesión no es de manera exclusiva para el área geográfica y se puede dar otras concesiones a terceros sobre los minerales q no solicito el primer explorador, siempre y cuando esta segunda exploración no afecte o interfiera a los trabajos del primer solicitante, esto se encuentra plasmado en el Art. 25 del Código de Minas.

Sobre la normativa del Contrato, las leyes mineras que se encuentran vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepciones y salvedad alguna, le son aplicables al contrato de concesión, durante su termino de ejecución y sus prorrogas, si estas leyes son modificadas o ampliadas con posterioridad, al concesionario le son aplicables estas últimas, si estas confirman o mejoran sus prerrogativas, sin tomar en cuenta las que modifiquen las contraprestaciones económicas que se prevén a favor del Estado y de sus Entidades Territoriales. (Código de Minas Colombia , 2001)

El Código De Minas colombiano habla sobre la duración del contrato de concesión el cual es pactado por lo que solicite el proponente y puede llegar a una duración máxima de 30 años, para llegar a este término se tomara en cuenta la fecha en la que se inscribió el contrato en el Registro Minero Nacional. Ahora bien con respecto a la duración de la etapa de exploración en Colombia esta tiene la duración de tres años sin embargo puede concederse prorrogas de 2 años con la finalidad de completar esta fase, y si se necesita más tiempo parte del concesionario se puede solicitar otras prorrogas de dos años cada una con un máximo de once años en total, para esto se realiza solicitudes y estas deben estar sustentadas de manera técnica y económicamente, para poder así demostrar el cumplimiento de sus actividades en base a las Guías Minero Ambientales y hacer una descripción de los trabajos que desea ejecutar. (Código de Minas Colombia , 2001)

El Art. 44 del Código de Minas nos dice que la concesión minera es un contrato de adhesión, por lo que para celebrarse no da lugar para negociar sus términos, condiciones y modalidades.

Para la terminación del contrato de concesión se consideran:

- Por Renuncia: El concesionario puede renunciar de manera libre a la concesión y retirar los bienes e instalaciones que se hubiere construido o instalado para ejecutar el contrato y el correcto ejercicio de las servidumbres (Artículo 108).
- Por mutuo acuerdo: El contrato se puede terminar por mutuo acuerdo de las partes, aquí se acordara lo que respecta al retiro o abandono de los bienes y de las instalaciones del concesionario y la readecuación y sustitución ambiental (Artículo 109).
- Por vencimiento del termino: la terminación del contrato por vencimiento del plazo, incluido su prórroga (Artículo 110).
- Por Muerte del Concesionario: Esta causal solo se hace efectiva si dentro de los dos años que siguen a su fallecimiento, los aguinaldos no piden ser subrogados en los derechos emanados de la concesión, se presentara la prueba correspondiente y pagando las regalías establecidas en la ley (Artículo 111).

Por caducidad el contrato se terminara por declaración de caducidad, por las causas mencionadas en el artículo 112 del Código de Minas.

Con respecto al cuidado ambiental en la minería colombiana, actualmente en este país la etapa de exploración se realiza sin requerirse de una licencia ambiental, solo existe una guía minera ambiental que se encuentra en el Código de Minas, y la cual se limita a la posibilidad de una

consulta para la gestión ambiental, actualmente en este país existe un proyecto de ley para que se cree una licencia ambiental para la fase de exploración minera, no solo en la de explotación.

Con respecto a la consulta previa en Colombia es importante mencionar que el Código de Minas colombiano en su capítulo XIV considera a los grupos étnicos, el artículo 122 de dicho código menciona:

Zonas Mineras Indígenas. La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. (Código de Minas Colombia , 2001)

Por ende toda propuesta de particulares que deseen explorar y explotar dentro de estas zonas, debe ser resuelta con la inclusión de los representantes de las comunidades indígenas, las comunidades indígenas tienen prelación para que se les otorgue concesión sobre los yacimientos ubicados en estas zonas, y puede contenerse uno o varios minerales, esto se encuentra considerado en el Art. 35 inciso f) que dictamina:

“En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar.”
(Código de Minas Colombia , 2001)

Entendiéndose que el Código de Minas considera territorio indígena a las áreas que son poseídas de forma regular y de manera permanente por la comunidad, parcialidad o grupo indígena, dentro de estas áreas mineras indígenas existen algunas que están restringidas estas son señaladas por la autoridad indígena y no pueden ser objeto de exploraciones por su especial significado cultural, económico y social para la comunidad, la concesión se otorga en favor de la comunidad o grupo indígena y no de las personas que la integran y no puede ser transferible en ningún caso.

En el caso de los títulos de terceros, si personas ajenas a la comunidad indígena obtienen un título para explorar y explotar dentro de estos territorios deben vincular de forma preferente a la comunidad indígena asentada en el territorio a sus trabajos y obras, para q esto se desarrolle de la mejor manera deben capacitar a sus miembros para que se haga efectiva esta preferencia, los

municipios que reciban regalías que provengan de explotaciones mineras en territorios indígenas, deben destinar estos ingresos a obras y servicios que contribuyan directamente a beneficiar a las comunidades y grupos indígenas asentados en el territorio. (Código de Minas Colombia , 2001)

En Colombia se considera a la consulta previa como un derecho fundamental que tienen todos los grupos étnicos, para decidir sobre proyectos o medidas administrativas y legislativas, que se realizarán dentro de sus territorios, buscando de esta manera salvaguardar su cultura, económica y social y de esta manera garantizar su derecho a participación, dicha participación es un derecho constitucional, es colectivo y este proceso se considera de carácter especial y obligatorio, cuando se vaya adoptar o ejecutar una medida administrativa, un proyecto de tanto público como privado, que pueda llegar a afectar la forma de vida de estos grupos étnicos, tanto en lo territorial como ambiental, cultural, social, espiritual, salud, etc., que incidan en la integridad de estas personas.

En este país la consulta previa se debe llevar a cabo siempre que se vayan a ejecutar los proyectos antes mencionados, (OIT, 1989) para esto la empresa interesada en realizar proyectos mineros debe identificar la existencia de grupos étnicos en una área específica, para esto existe la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, a esta entidad se solicitara una certificación de presencia de grupos étnicos en la zona de interés la misma que puede sufrir afectación durante el desarrollo del proyecto, para solicitar esta certificación se deben cumplir con ciertos requisitos, entre ellos están la descripción del proyecto, la identificación del área de interés, especificando de forma clara el departamento, y el municipio, con su mapa y cuadro de coordenadas geográficas que coincidan con la ubicación que esta descrita en la solicitud, esta solicitud se radica en la oficina de correspondencia del Ministerio del Interior.

Para llevar a cabo el proceso de Consulta Previa , la responsabilidad es compartida y recae en los representantes de los proyectos mineros y el Ministerio del Interior, por su parte el Ministerio se responsabilizara de la forma en que se desarrolla el proceso respectivamente en cada caso particular, y los representantes de los proyectos serán responsables de participar de forma activa durante el proceso de la consulta y de facilitar los recursos que se necesiten para cada paso del proceso en particular.

Con respecto a las servidumbres en Colombia el Código de Minas dispone en su Artículo 168 que las servidumbres mineras pueden ser legales o forzosas, esto quiere decir que operan en pleno derecho por lo que tienen origen en la ley y no necesitan de un acto de constitución para

surgir a la vida jurídica. Las servidumbres no se constituyen, por el contrario se ejercen por ser creadas de forma directa por el legislador en razón de su característica de utilidad pública, (Código de Minas Colombia , 2001) la industria minera está catalogada como de utilidad pública y de interés social, esto lo establece el Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia y así también el Artículo 13 de la Ley 685 de 2001.

Las servidumbres se desarrollan cuando las condiciones y requisitos establecidos en la ley se aplican, si bien es cierto en muchos de los casos son fruto del acuerdo entre las partes su existencia como gravamen no estará sometida a el reconocimiento de autoridad alguna, lo que se expone ante esta es la forma en que se va a desarrollar el monto y el pago de la indemnización al particular, es importante mencionar en este punto que el objeto de la Agencia Nacional de Minería es el de administrar integralmente los recursos mineros que son de propiedad del estado, así también el mejor aprovechamiento basado en la Ley, sin contemplarse la potestad de intervención en caso de conflictos que puedan surgir entre los cotitulares en beneficio del desarrollo del contrato de concesión.

Por su parte el Art. 60 del Código de Minas colombiano expresa:

Autonomía empresarial. En la ejecución de los estudios, trabajos y obras de exploración, montaje, construcción, explotación, beneficio y transformación, el concesionario tendrá completa autonomía técnica, industrial, económica y comercial. Por tanto podrá escoger la índole, forma y orden de aplicación de los sistemas y procesos y determinar libremente la localización, movimientos y oportunidad del uso y dedicación del personal, equipos, instalaciones y obras. (Código de Minas Colombia , 2001)

Así pues corresponderá a la Autoridad Minera la labor de adelantar la actividad de fiscalizar orientada a la mejor conservación de los recursos mineros que están a cargo del concesionario y de esta manera garantizar las medidas de higiene y seguridad mineras, sin que esta autoridad pueda intervenir en la solución de conflictos generados entre los concesionarios o dueños del título minero, estos conflictos serán resueltos por medio de otras alternativas de solución como por ejemplo la conciliación, o por medio de las autoridades judiciales competentes, todo esto debido a que al ser conflictos de naturaleza privada no se incluyen en la competencia de la Agencia minera. (Código de Minas Colombia , 2001)

Para que se dé la constitución de una servidumbre minera se requieren algunos requisitos:

- Un contrato de concesión que este suscrito y debidamente registrado en el Registro Minero Nacional.
- Que la servidumbre sirva para superar limitaciones que se puedan dar en el desarrollo de la concesión y por medio de esta se pueda lograr una adecuada operación de transporte, cargue, descargue y embarque de minerales.
- El pacto de una indemnización a favor del propietario del inmueble por el uso de su propiedad.

La Servidumbre minera tiene la misma duración del contrato de concesión, mismos que en un principio tienen la duración de 30 años. (Código de Minas Colombia , 2001)

Para asignar el valor de la indemnización este se fija en relación del valor comercial del terreno, tomando en cuenta la ubicación, calidad y el destino ordinario, si solo se ocupara una parte del terreno solo se asignara el valor por dicha parte, de no existir un acuerdo por el valor del inmueble se debe acudir al personero municipal para que este deje constancia de que no existe el acuerdo de partes y de esta manera solicitar un avalúo de los perjuicios que se den ante el juez civil municipal del lugar en el que está el predio para que esta autoridad asigne un perito y que este estime el valor de la indemnización por medio de un dictamen pericial, luego de que este mismo dictamen se da, el juez autoriza el ejercicio de manera provisional de la servidumbre, hasta que se emita la decisión final con respecto al avalúo de la indemnización, mismo que puede ser menor o mayor al que se dio por medio del dictamen pericial, esto ya basado en el criterio del juez, esta decisión debe de registrarse en la oficina de instrumentos públicos ubicada en el lugar donde se encuentra el predio.

En Colombia se ha implementado la figura de la Rehabilitación de Bienes , es importante mencionar esto por lo que a través de esto el titular minero queda en obligación de readecuar el inmueble que usa y dejarlo en condiciones de que sea empleado para su uso normal, u otro al final del gravamen. (Código de Minas Colombia , 2001)

- **Análisis comparativo con Ecuador**

La concesión minera en Colombia ha avanzado con respecto a los permisos y trámites administrativos que en Ecuador se exigen para poder llevar a cabo las actividades propias de la concesión, Colombia supero esta disyuntiva al establecer que exista un solo documento habilitante para ejercer las actividades mineras y es el otorgamiento de la concesión que se traduce en un título

minero, con esto se evita tramites con esto se evita retardos en el desarrollo de las actividades mencionadas.

La extensión de esta concesión como ya se sabe en Ecuador es de 5,000 hectáreas por cada una y con un límite de tres concesiones por persona, ahora bien en Colombia también se limita a un máximo de cinco mil hectáreas el área destinada para explorar y explotar minerales en el cauce y las riberas de una corriente de agua, pero es importante mencionar que tiene la particularidad de que se debe de justificar, por medio de estudios técnicos si existe la necesidad de retener la totalidad del área que se solicita en la concesión, todo esto esta instaurado en el Código de Minas colombiano.

En Colombia también se declara las actividades mineras como de utilidad pública, así como también que el Estado es el dueño y tiene dominio total de los minerales que existen en el suelo y subsuelo independiente de los predios superficiales, en Colombia la concesión brinda el derecho a explotar los minerales que se comprenden en el contrato y adicional a estos los minerales que se encuentren asociados con estos como subproductos de la actividad de explotación.

Esto es completamente diferente a lo que dice la norma Ecuatoriana ya que en Ecuador existen algunos tipos de concesiones y estas se diferencian por los tipos de minerales que existan en el suelo y el subsuelo es decir metálico y no metálico, de hecho con las últimas actualizaciones al Reglamento General a la Ley de Minería, las competencias se dividirán de acuerdo a los materiales, aclarando esto quiere decir que los minerales metálicos son competencia privativa del Estado y a su vez los materiales no metálicos y los materiales de construcción son competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

En Colombia los asuntos ambientales excluyen de las zonas que pueden ser sujetas a una concesión a las zonas que contienen parques nacionales, naturales de carácter regional, así mismo zonas de reserva forestal, en estas zonas no se pueden realizar trabajos de exploración y explotación sin embargo deja abierta la puerta para que los concesionarios puedan sustentar con estudios que se pueden desarrollar las actividades mineras al no existir incompatibilidades o restricciones, en Ecuador esto no se da y se plantea la imposibilidad de concesionar en las zonas de reserva biológica, reservas forestales, entre otros, todo esto toma fuerza al momento de expedir el certificado de intersección ambiental que se constituye en el requisito inicial para cualquier trámite ambiental y por ende esto significa que los siguientes tramites no procederán.

En Colombia también el título minero además de los derechos que se mencionan que puede desarrollar al obtener este título en Ecuador, en Colombia se adicional otros elementos como son las fases de exploración técnica, la explotación económica, el beneficio de minerales, así como también el cierre de los trabajos o el abandono de obras.

Con respecto al procedimiento para cesión de derechos mineros como ya se mencionó los derecho mineros son susceptibles de transferencia pero en el país existen duplicidades de competencias entre el estado y la Agencia de Regulación y Control minero que son los que deben otorgar una autorización para que se puedan ceder o transferir estos derecho mineros, en Colombia no existen estos inconvenientes ni es necesario autorización de entidad pública, solo se necesita una notificación previa de manera escrita de la entidad que quiere realizar la cesión, esta tienen 45 días para pronunciar si existe algún reparo, el cual se subsana y se da paso a la cesión a un tercero que no requiere calificación.

Las fases de explotación minera Colombiana guardan mucha similitud con la legislación ecuatoriana, en Ecuador la concesión se divide en dos grandes etapas, exploración y explotación.

En el caso de Colombia la prospección se la puede realizar en cualquier zona incluidos terrenos de particulares, excluyendo las “Zonas mineras para minorías étnicas”, pero es importante mencionar que el propietario del predio puede solicitar a la autoridad correspondiente se le de las garantías suficientes por los daños y perjuicios que la actividad minera pueda ocasionar en su propiedad.

Para el periodo de exploración en Colombia se tiene un plazo de tres años para el periodo de exploración técnica con la posibilidad de prórroga hasta de 11 años en total que se constituiría en tres años de diferencia con la duración de la etapa de exploración en Ecuador.

5. Metodología

Con base en la legislación comparada se identificó el tipo de derecho al que corresponde el derecho minero, basándonos en el Código Civil ecuatoriano, para luego hacer una comparación con países latinoamericanos de reconocida trayectoria en materia minera, como son Chile, Perú, Colombia y Argentina, los cuales tienen el criterio aceptado del derecho real que tienen las concesiones mineras, del mismo modo se realizó una investigación acerca de cómo se está realizando la consulta previa en nuestro país a las comunidades y como se maneja la negativa de estas al ejercicio de la minería.

La Investigación se realizó en la ciudad de Loja y Zamora Chinchipe, Parroquia los Encuentros donde se encuentra sentado el proyecto estratégico Fruta del Norte, esta investigación tuvo una duración de seis meses.

Continuando con la metodología como primer método se utilizó el método inductivo por la observación directa que se realizó en algunas poblaciones visitadas, la opinión de la población aledaña al proyecto estratégico “Fruta del Norte”, continuando con empleados que laboran en dicha entidad, para finalizar con los criterios de profesionales con experiencia en el campo minero, esto para poder llegar a la verificación de los objetivos planteados y a las conclusiones. *“En todo razonamiento inductivo se parte de premisas particulares observadas que dan lugar a una conclusión de carácter general.”* (Espínola, 2022).

Del mismo modo se utilizó el método analítico aplicado a las leyes, partiendo de la general a las específicas y así poder llegar a los puntos principales del problema estudiado, se tomó en cuenta este método, porque se parte de los conceptos que da la Constitución ecuatoriana acerca de la minería para luego poder ir aclarando estos conceptos con las Leyes subsecuentes como son la Ley de Minería, el Reglamento a la Ley de minería, Código Orgánico del Ambiente, entre otras Leyes, Reglamentos, y Ordenanzas que se mencionan en el presente trabajo de investigación, método igualmente aplicado para la comparativa con cada una de las legislaciones extranjeras que se ha puesto como guía. *“Este método analiza el fenómeno que estudia, es decir, lo descompone en sus elementos básicos”* (etecé, 2021).

Así mismo se usó el método comparativo, ya que el presente trabajo de investigación se basa principalmente en la comparativa de nuestra legislación con las legislaciones de cuatro países tomados como referencia, tomando en cuenta tres puntos principales a estudiar, como son el tipo

de derecho al que pertenece el Derecho Minero, la creación de una Ley de Consulta Previa, y la aplicación de servidumbres a la hora de otorgar una concesión minera, tomando en cuenta la forma en la que se han venido manejando cada punto en los países tomados como guía para mejorar la industria minera ecuatoriana. *“Este método mejora la comprensión de la propia organización al situar sus estructuras frente a las de otros sistemas”*. (Ortega, 2023).

Por último el método estadístico el cual permitió analizar la información que se obtuvo, para en base a las encuestas, entrevistas, estudio de casos, tablas, y porcentajes de beneficio minero dadas por el Banco Central del Ecuador, poder fundamentar las conclusiones y que los objetivos que se plantearon al principio de este estudio se pudieron cumplir. *“Este método nos da procedimientos para manejar datos cuantitativos y cualitativos mediante técnicas de recolección, recuento, presentación, descripción y análisis”*. (Morales, 2020).

5.1 Procedimientos y técnicas

Al utilizar los diferentes métodos se pudo determinar el enfoque de esta investigación, el cual es mixto a lo largo del trabajo de integración curricular, demostrado con el refuerzo del tipo de investigación que se practicó.

Para poder llegar a la verificación de los objetivos se utilizó el uso de técnicas las cuales fueron encuestas y entrevistas realizadas a una población específica, misma que detallo a continuación: las encuestas fueron aplicadas a treinta y dos (32) profesionales del Derecho en libre ejercicio, mientras que las entrevistas se realizaron a diez (10) profesionales en base al enfoque de la investigación y el fondo de la misma, dos (2) profesionales especialistas en derecho minero, docentes de la Universidad Nacional de Loja, un (1) Especialista en Derecho Minero docente en la Universidad Técnica Particular de Loja, un (1) Profesional del Derecho perteneciente al Concejo Provincial de Loja, dos (2) profesionales del Derecho docentes en la Universidad Nacional de Loja, un (1) Ingeniero Civil empleado del proyecto estratégico Fruta del Norte, un (1) Ab .en libre ejercicio especialista en Derecho penal con experiencia en casos Mineros, una (1) Ab. Especialista en Derecho Constitucional empleada publica en la Fiscalía provincia Sto. Domingo de los Tsachilas, una (1) docente de la Universidad Nacional de Loja especialista en Derecho Penal.

Los Instrumentos que se realizaron para realizar el presente trabajo de investigación fueron:

En relación a la bibliografía tenemos: Diccionarios jurídicos, revistas jurídicas sobre medio ambiente y minería, leyes de la legislación ecuatoriana, leyes de legislaciones extranjeras como

son de Perú, Chile, Colombia y Argentina, la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso Sarayaku Vs Ecuador , procesos legales hechos en Ecuador, Datos porcentuales sobre las minas más grandes del País emitidos por el Banco central del Ecuador, estos recursos se utilizaron con el fin de que sean de utilidad para la redacción e interpretación personal del tema, mismas que se encuentran citadas en el presente trabajo.

Dentro de los materiales e insumos se encuentran: Computadora portátil, Internet fijo, teléfono celular para grabar en audio y video las entrevistas, cuaderno para apuntes, impresiones, anillados, copias varias para realizar las encuestas, formularios, etc.

6. Resultados.

6.1 Encuesta.

En la presente técnica la encuesta fue aplicada a 32 profesionales del derecho de la ciudad de Loja y Zamora Chinchipe, el cuestionario está conformado por siete preguntas de los cuales se obtuvo los resultados que se exponen a continuación.

Primera Pregunta: ¿Considera usted que el derecho minero debería ser catalogado como un derecho real o personal?

Tabla 1

Tabla 1: Busca verificar el objetivo general, el derecho minero no debe ser considerado como personal, por lo que esto se constituye en una limitante para el desarrollo de las concesiones mineras

Indicadores	Variables	Porcentaje
Real	27	84,4 %
Personal	5	15,6 %
Total	30	100 %

El 84 % de los encuestados manifiesta estar de acuerdo en que el Derecho Minero debe ser considerado como derecho real, así mismo el 15,6 % de los encuestados considera que debe ser considerado un derecho personal.

- En la Figura 1 se muestran porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

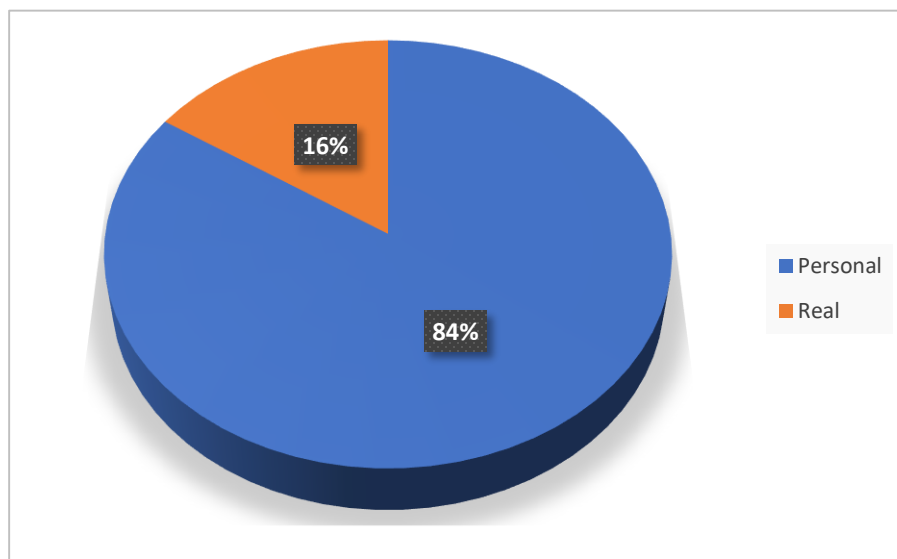


Figura 1. Representación gráfica pregunta 1

Interpretación y Análisis : La mayoría de los encuestados concuerda en decir que las minas al ser un bien inmueble y al ser catalogados de esta forma por el Código Civil pertenecen a los bienes reales y no a los personales como en el título de derecho personal, del mismo modo también concuerdan con el hecho de que al asignarle el título de personal al derecho minero le priva al concesionario de ejercer cualquier tipo de derecho real en su beneficio, existe contradicción normativa por lo que consideran que se cambie de personal a real al título minero, la minoría en la pregunta de la que se está hablando, manifiesta, que al derecho minero se lo debe considerar como personal para que el estado sea el único que controle el ejercicio de las concesiones.

Las personas que consideran al derecho minero como real discrepan con esto porque para que el estado sea dueño absoluto de la mina y ejerza actividades de control sobre la producción minera no necesariamente debe contradecir a la norma y crear conflictos.

Del mismo modo los beneficios que recibe el estado de la producción minera en nuestro país es alta y estas regalías contribuyen al desarrollo económico y como ya se ha mencionado no se necesita otorgarle el título de personal al derecho minero para que esto siga siendo de la misma forma, uno de los entrevistados manifiesta que los concesionarios ya cuentan con permisos y licencias para hacer el goce de los minerales en los yacimientos sin embargo estos permisos si bien es cierto se dan pero ¿hasta qué punto son legales? Debido a que los derechos que les otorgan en estos permisos contradicen a la naturaleza del derecho personal que tienen y en caso de controversia el concesionario sería el afectado, ya que quien hace uso de los derechos reales en la concesión es el Estado y es el único que puede reclamarlos.

Segunda Pregunta: La Ley ecuatoriana le da la calidad de derecho personal al título minero, lo cual contradice la naturaleza de la concesión minera, en la Legislación Argentina se dispone que las minas sean consideradas como inmuebles, así también las cosas destinadas a la actividad de explotación, **¿Considera usted que la calidad de derecho personal le priva al título minero de diversos tipos de acciones para su protección y el ser susceptible de gravámenes reales?**

Tabla 2

Busca reafirmar que el título personal del Derecho Minero es una limitante al generar inseguridad en los concesionarios, contribuyendo a la verificación del objetivo general.

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	30	93,8%
No	2	6,3%
Total	32	100%

El 93,8 % de los encuestados está de acuerdo en que el título de derecho real, priva al concesionario de diversas acciones para su protección así mismo el 6,3 % de los encuestados considera lo contrario

- En la Figura 2 porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

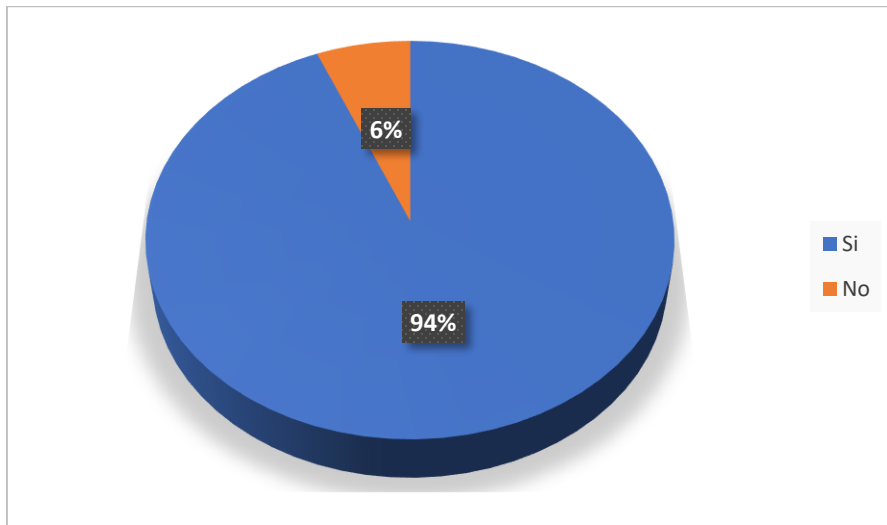


Figura 2. Representación grafica pregunta 2

Interpretación y Análisis: La mayoría de los entrevistados manifiestan que la calidad de derecho personal le priva al título minero de diversos tipos de acciones para su protección en algún caso de controversia por lo que en el momento en que se le otorga el título de personal se le priva de los derechos reales que le corresponden, por mencionar algunos de ellos están el hecho de ejecutar contratos con terceros, esto solo podría realizarlo el Estado al ser el dueño de la Mina no el concesionario ya que este solo tiene un derecho personal sobre los minerales.

Así también en la comercialización de estos, es el estado el dueño y al momento en que el minero comercializa estos productos se lo podría considerar como venta de cosa ajena ya que solo

ostenta el título de personal sobre estos minerales, incluso en los tipos de contrato solo sería posible el contrato de prestación de servicios ya que el minero en ningún momento se convierte en el dueño ni tiene facultades sustentadas en la ley para el uso y goce de la mina sino que en todo caso incluso debería recibir un pago por los servicios que presta al Estado.

Tercera Pregunta: ¿Considera usted que en el cambio de fase de exploración inicial a Exploración avanzada se debe requerir la realización de trámites administrativos interface?

Tabla 3

Busca reafirmar limitaciones en este caso, por trámites repetitivos, contribuyendo así a la verificación del primer objetivo específico

Indicadores	Variables	Porcentaje
No	22	68,8%
Si	10	31,3%
Total	32	100%

El 68,8 % de los encuestados está de acuerdo en que el cambio de fase de exploración inicial a exploración avanzada no debe requerir tramites interface, el 31,3 % de los encuestados considera que si son necesarios

- En la Figura 3 se muestran los porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

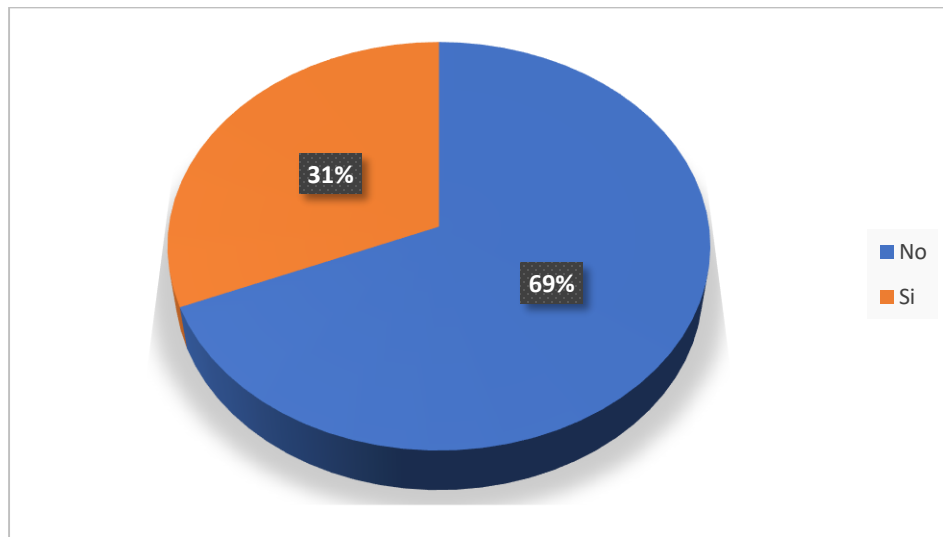


Figura 3. Representación grafica pregunta 3

Interpretación y Análisis: La mayoría de los encuestados manifiesta estar de acuerdo en que no debería requerirse trámites administrativos interface, porque esto limita el ejercicio de la fase minera, consideran que sería más beneficioso pedir toda la documentación en el momento que

se inicia la fase de exploración y así dejar al concesionario que de acuerdo a sus planes de trabajo realice las actividades que tiene planificadas a discreción y de la manera que más se le facilite, el tiempo para la etapa de exploración es corto y es por esto que el abreviar trámites administrativos.

El acto de que las autoridades competentes mantengan un control a medida que el proyecto avanza, es solo el hecho de que se ahorre tiempo para que la concesión no llegara a caducar por no cumplir con lo esperado en el periodo de años que tienen para desarrollar esta fase, o en su defecto si se persiste en solicitar estos trámites interface se le otorgue un periodo de tiempo adicional mientras se resuelve este trámite administrativo que no se reste del tiempo inicial.

Cuarta Pregunta: ¿En Perú, el titulo minero otorgado le da al concesionario el derecho a ejercer sus fases mineras a discreción del concesionario el cambio de dichas fases, considera usted conveniente la aplicación de esta medida para abreviar los trámites existentes en el cambio de fase de Inicial a exploración avanzada?

Tabla 4

Tabla 2. Busca fundamentar la limitante en tardanza de tramites administrativos e ir orientandonos para la verificación del segundo objetivo específico y objetivo general.

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	26	81,3%
No	6	18,8%
Total	32	100%

El 81,3 % de los encuestados está de acuerdo en que se permita ejercer sus fases mineras a discreción, el 18,8 % de los encuestados considera que no se le debe permitir la continuación de las fases sin el trámite administrativo.

- En la Figura 4 se muestran los porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

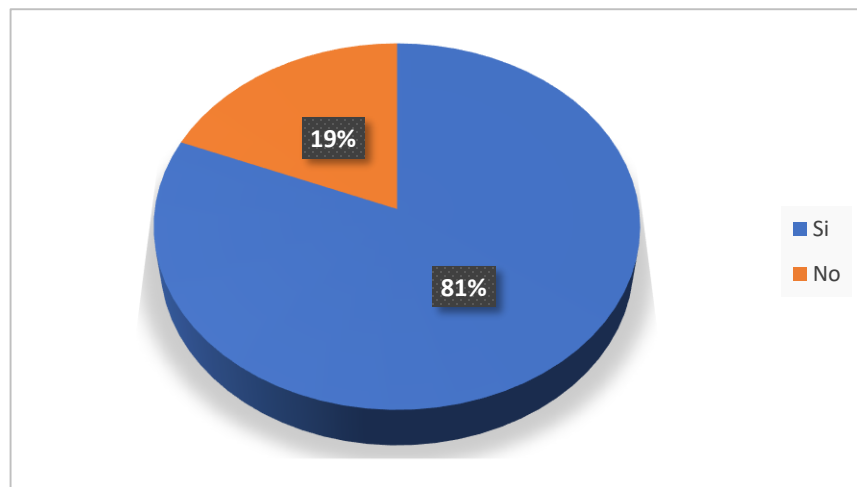


Figura 4. Representación grafica pregunta 4

Interpretación y Análisis: El mayor porcentaje de encuestados concuerda en decir que sería muy conveniente la aplicación de dar al concesionario el derecho a ejercer sus fases mineras a discreción para de esta manera abreviar los tramites existentes en el cambio de fase inicial a exploración avanzada, de esta manera se le da la facilidad al concesionario de que ejerza a su libre criterio y en base a sus estudios y proyecciones el ejercicio de esta fase exploratoria, el trámite administrativo en Perú se da al inicio de la etapa de exploración aquí se piden todos los requisitos y documentos habilitantes para dar paso a la fase y el como la desarrolle queda en manos del minero.

Esto no exime el control del estado en la ejecución de las actividades como manifiestan la minoría de los encuestados, existe confusión, los profesionales creen que por el hecho de dejar que el minero haga la fase a discreción se le está quitando el control estatal de ser supervisados y no es así lo único que en este país se abrevia es el hecho de pedir documentos y hacer tramite administrativos en la mitad del desarrollo de la fase porque esto no tiene ningún beneficio, todo lo contrario es perjudicial porque retrasa el ejercicio de las actividades mineras.

Quinta Pregunta: ¿Considera usted necesario que se cree una Ley de consulta previa que se encargue de regular el procedimiento para el desarrollo de la consulta libre e informada a las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas?

Tabla 5

Tabla 3. Busca reforzar las limitantes en la industria minera ecuatoriana en esta ocasion tomando en cuenta la limitante del rechazo de las comunidades indigenas, verificando el objetivo general y segundo objetivo especifico.

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	14	56,3%
No	18	43,8%
Total	32	100%

El 56,3 % de los encuestados está de acuerdo en que no es necesaria la creación de una Ley de Consulta Previa mientras que el 43,8 % de los encuestados considera que si es necesario la creación de la misma.

- En la Figura 5 se muestran los porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

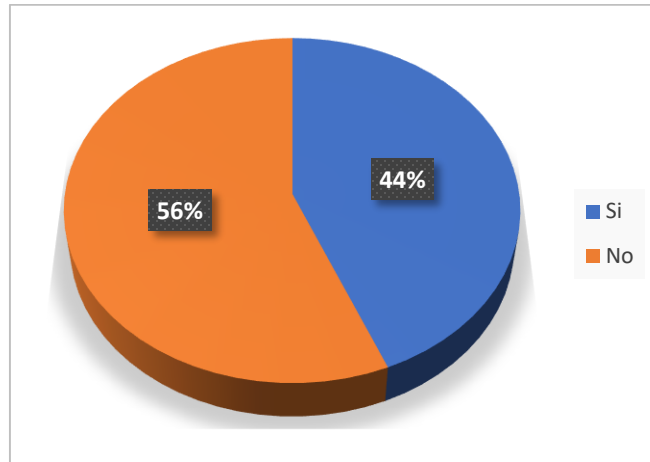


Figura 5. Representación grafica pregunta 4

Interpretación y Análisis: En esta pregunta existe una diferencia muy corta en las respuestas, en referencia a los porcentajes, el 56.3 % de los encuestados manifiesta que no es necesaria la creación de una consulta previa en nuestro país y para sustentar el punto de vista de esta investigación se dice que en nuestra Constitución se encuentra claramente manifestado que la consulta previa a las Comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas es obligatoria y de aplicación previa al inicio de cualquier actividad extractiva que pueda llegar a modificar el modo de vida de estas minorías.

Del mismo modo, estamos suscritos al convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo el cual también obliga a la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas, entonces no es necesaria la creación de una Ley de Consulta previa para que dicha consulta se constituya en obligatoria, hasta la actualidad se ha estado realizando la consulta previa, sin embargo no se a la ah estado realizando de acuerdo a los lineamientos que manda el ejercicio de la consulta, esto es cierto, y se debe incluir a toda la población perteneciente a estas comunidades en la consulta no solamente a sus líderes, para esto se debe tomar en cuenta la sentencia del caso Sarayaku vs Ecuador en la cual están claramente expuestos los pasos a seguir para el desarrollo de la consulta previa, los lineamientos y la obligatoriedad de la consulta ya están presentes en nuestras leyes y lo que debemos hacer más bien es aplicarlas sujetas a la ley.

Continuando con este análisis tomare en cuenta las opiniones de los encuestados que manifiestan que si es necesaria la creación de una consulta previa para regular esta actividad, ellos

manifestaron que la consulta previa debe ser de carácter obligatorio y como ya lo mencione esto ya está instaurado en nuestra norma suprema, manifiestan que se están privando sus derechos a estas comunidades por el desalojo de sus tierras, y es por esta misma razón que en este proyecto de investigación se recomienda que existan procesos de dialogo entre estas comunidades y el estado para llegar a acuerdos beneficiosos para ambas partes en lugar de simplemente negarse por seguir la opinión de personas que no poseen la suficiente información sobre los proyectos.

Las comunidades deben tener en cuenta que como muy claramente lo manda nuestra Constitución vigente, el resultado de la consulta previa si bien es considerado y se toma en cuenta en gran medida para la decisión final de dar paso al proyecto de extracción, esta decisión solamente la puede tomar el estado no las comunidades, esta confusión la tienen estas minorías que tienen un falso creer que la consulta previa es una autorización y no lo es, sin embargo están en todo su derecho a que se les entreguen garantías por el uso de sus predios y esto debe ser así pero precisamente por esto recomiendo el dialogo, no solo la negativa tratando de imponerse, porque las minas pertenecen a todos los ecuatorianos y así como se debe ver el benéfico para estas comunidades se debe de tomar en cuenta el beneficio de toda la población.

Sexta Pregunta: ¿En la Ley de Minería Ecuatoriana se otorga la facultad para que cualquier persona pueda realizar la búsqueda de indicios de áreas que puedan contener minerales con excepción de las que prohíbe la Ley, en la legislación Chilena se contempla la posibilidad de imponer de forma temporal con un máximo de seis meses servidumbres sobre los predios que se considere necesarias para la búsqueda de minerales, a su criterio cree conveniente adoptar esta medida para facilitar el ejercicio de la fase de prospección minera?

Tabla 6

Tabla 4. Busca la verificación del segundo y tercer objetivo específico mediante la propuesta de posibles modificaciones que orienten al mejoramiento de la industria, basado en la comparativa realizada con legislación extranjera.

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	29	90,6%
No	3	9,4%
Total	32	100%

El 90,6 % de los encuestados está de acuerdo en imponer de forma temporal con un máximo de seis meses las servidumbres que el concesionario requiere para el ejercicio de sus actividades, el 9,4 % de los encuestados considera que esta medida no se debería adoptar.

- En la Figura 6 se muestran los porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

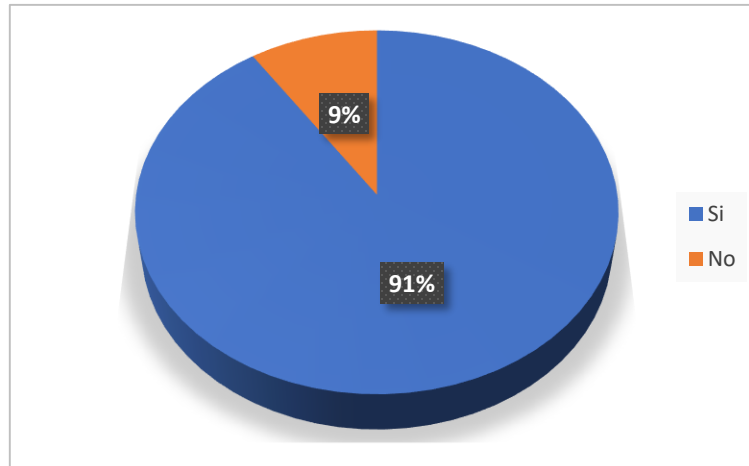


Figura 6. Representación gráfica pregunta 6

Interpretación y Análisis: 29 de los 32 encuestados manifiesta que sería conveniente adoptar la medida de otorgar la facultad para que cualquier persona pueda realizar la búsqueda de indicios de áreas que puedan contener minerales, exceptuando claro esta las contenidas en la Ley, como ya se menciona en Chile esta posibilidad existe y facilita el ejercicio de la fase de prospección, también haciendo uso el decir de la ley que manifiesta que los predios superficiales están sujetos a las servidumbres que fueran necesarias para el ejercicio de la actividad minera, este tema de dar una garantía para salvaguardar los intereses de los particulares es una opción aplicable en nuestro país porque de esta manera ninguna de las dos partes se ve perjudicada, y ambos en el momento de dialogar pueden exponer sus necesidades y llegar a acuerdos amistosos, también es importante el hecho de dar prioridad a la actividad minera porque esta es de utilidad pública y en el hacer el ejercicio de sus actividades algo más fácil se le está garantizando este título que de otra forma se quedaría solo en palabras.

Séptima Pregunta: ¿En la Legislación Peruana el concesionario tiene la facultad de solicitar se le otorgue acceso a la propiedad de la tierra, de manera prioritaria, cuando se evidencie que la actividad minera es más fructífera que otra actividad que se desarrolle en el predio, considera usted que esta política se puede aplicar en Ecuador para facilitar el ejercicio de las servidumbres mineras?

Tabla 7

Tabla 5: Busca la verificación del segundo y tercer objetivo específico proponiendo posibles modificaciones que orienten al mejoramiento de la industria, en base a la norma extranjera

Indicadores	Variables	Porcentaje
Si	26	81,3%
No	6	18,8%
Total	32	100%

El 81,3 % de los encuestados está de acuerdo en dar prioridad a la actividad minera sobre otra clase de actividad económica, el 18,8 % de los encuestados no considera adecuado la aplicación de esta norma.

- En la Figura 7 se muestran los porcentajes obtenidos de las encuestas realizadas en Loja y Zamora Chinchipe

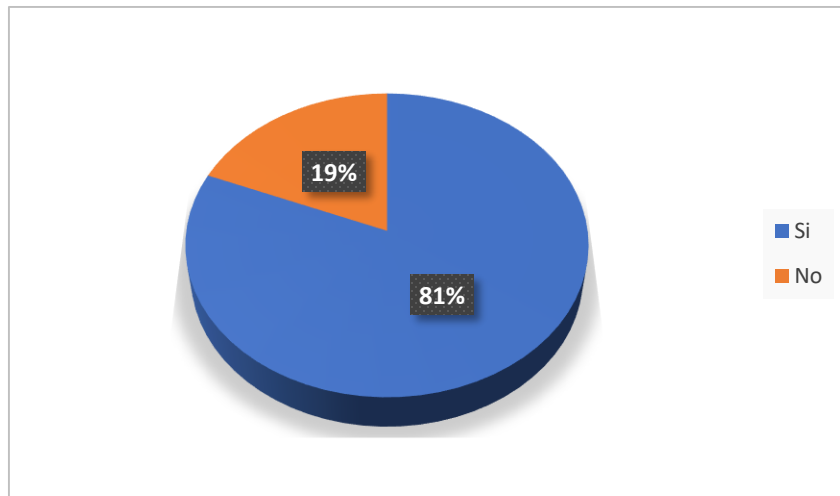


Figura 7. Representación gráfica pregunta 7

Interpretación y Análisis: esta pregunta se realizó para fundamentar un más el hecho de que la actividad minera es un sector estratégico, prioritario y que da grandes beneficios económicos al país por el concepto de regalías y por la inversión extranjera, esto no debe de quedar simplemente en un decir sino que fundamentarlo, dándole las facilidades necesarias a los concesionarios para el ejercicio de la actividad minera, constituir al país como un referente para atraer la inversión extranjera, se ha tomado en esta pregunta como ejemplo el hecho de que en la legislación peruana para el ejercicio de las servidumbres se le da prioridad al concesionario de poder demostrar mediante estudios técnicos que la actividad minera es más beneficiosa para el país en comparación de la actividad económica para que se le esté dando uso al terreno solicitado.

Esto no quiere decir que se le está afectando de alguna manera al propietario del terreno, la minera garantiza el bienestar del particular dando la indemnización correspondiente por el uso de su terreno, así también se debe reubicar a las familias en un lugar similar al que se encontraban habitando, no se le está quitando la propiedad del predio, el mismo será devuelto al momento en que se caduca la concesión y el concesionario debe devolverlo en iguales o mejores condiciones, no se está violando ningún derecho más bien se está dando la importancia que merece la actividad minera, esta forma de actuar ante una situación de negativa minera podría ser aplicable en nuestro país para de esta forma abreviar los tramites extensos que constituyen todos los recursos a los que se puede llegar, para seguir manteniendo la negativa del particular.

6.2 Entrevista.

La técnica de entrevista fue aplicada a diez profesionales del derecho especialistas en derecho minero, Docentes de la Universidad Nacional de Loja, Docentes de la Universidad Técnica Particular de Loja, Penalista con experiencia en temas mineros con respecto al daño ambiental, Abogados en libre ejercicio con experiencia en casos de carácter minero, Miembros del proyecto estratégico Fruta del Norte, de quienes se obtuvo la siguiente información.

6.2.1. Resultados de Entrevistas a Profesionales del Derecho.

A la primera Pregunta: Los Derechos reales recaen sobre bienes, y estos a su vez otorgan derechos de dominio como son el uso goce y libre disposición, mientras que los derechos personales se generan entre dos personas y se crean obligaciones recíprocas. ¿Considera Ud. que pueden existir bienes accesorios a un derecho personal como lo es la concesión minera?

Respuestas:

Primer entrevistado: No, porque vera los derechos reales recaen sobre bienes reales, sobre los bienes y los derechos personales es sobre las personas, entonces aquí hay una gran falencia en la ley de minería que la califica a la mina como un derecho personal cuando es un derecho real en la clasificación de los bienes del código civil, entonces los derechos personales son otros, los derechos personales son por ejemplo el derecho que Ud. tiene a los alimentos a la ayuda prenatal, al nombre a los apellidos a la identidad, reconocimiento de la paternidad etc., a su filiación que son diferentes a los derechos de las minas, la mina es un bien inmueble, un bien real no es una persona, por lo tanto ahí hay una equivocación, entonces los bienes accesorios que Ud. hace su pregunta son

a los bienes reales, a los bienes inmuebles, los bienes inmuebles Ud. puede adjuntar por ejemplo una finca , puede Ud. adjuntarle unos establos, puede hacer unos potreros, puede poner cercas y estos bienes accesorios se convierten en parte del bien inmueble porque son accesorios no, el principal sería la finca, y en este caso la mina sería la principal y lo accesorio vendría a ser las edificaciones, vendrían a ser la maquinaria etc. etc., pero una persona no se le puede poner bienes accesorios, jamás, está aquí la Ley de Minería es uno de los problemas que tiene, es la única ley en el mundo que dice que el derecho minero, la concesión minera, es un derecho personal, cuando debería ser es un derecho real.

Segundo Entrevistado: Yendo a la pregunta creo que sí, porque dentro de estos derechos personales, realmente de las acciones reales nacen los derechos personales de tal forma que si es posible de que se consideren los derechos personales en el ambiente minero, si es factible.

Tercer entrevistado: Sobre los derechos que recaen sobre bienes, derechos reales y personales hay una consideración vera, la Ley de Minería que es del año 2009 tiene realmente una calidad de personal, fue otro el espíritu de la norma, cuando se la realizo y la asamblea la aprobó es así que el derecho minero el problema radica a que en el borrador inicial de la Ley de Minería que se lo hablo en la asamblea nacional constituyente fue como un derecho real, pero luego este último paso a ser un derecho personal, de ahí nacieron una serie de inconsistencias y contradicciones si, a la final lo consideran un derecho personal

Cuarto entrevistado: Realmente la constitución determina no, que forma parte de sectores estratégicos el sector minero, es cierto que existen limitaciones respecto a las concesiones, a la forma en que se hace la extracción minera, pero si hay una relación entre la generación de un derecho personal, cuando se va hacer las extracciones mineras, entonces si genera relaciones reciprocas por lo tanto hay derechos accesorios que deben estar sujetos a disposiciones especiales para que esta no causen daño al medio ambiente y no se generen erosiones y tampoco se pueda expandir más lo que es de manera ilegal y de la posibilidad de que haga de una manera correcta con el uso tecnológico, por lo que esto trae daños a la salud también.

Quinto entrevistado: Efectivamente el estado es propietario de lo que son los yacimientos minerales, pertenecen al estado, al patrimonio inalienable, intangible del estado pero obviamente estos derechos que pertenecen al estado tienen relación también a las propiedades particulares o las propiedades de las comunidades indígenas o nacionalidades que obviamente son propiedades de

derecho privado pero los yacimientos obviamente pertenecen al estado y pueden también tener implicación o repercusión a propiedades privadas.

Sexto entrevistado: No considero que pueden ser como derecho personal los bienes accesorios debido a que existe una confusión en la ley minera donde justamente la ley minera la cataloga como un derecho personal cuando debería ser un derecho real, entonces por tal motivo yo considero que un bien accesorio no se puede considerar como un derecho personal para la concesión minera.

Séptimo entrevistado: Muy interesante el tema a investigar, con respecto a la diferencia de lo que es un derecho real y un derecho personal, efectivamente como usted lo dice los derechos reales sobre bienes y los derechos personales sobre obligaciones entre personas por lo tanto la definición de concesión como un derecho personal en la Ley de Minería, es equivocada errónea, si hacemos referencia al código civil declara claramente que las minas y yacimientos son derechos reales por lo tanto una ley ordinaria no podría ir en contra de una ley general como es el código civil sin embargo lamentablemente ese error existe desde el año 2009 que fue expedida la Ley de Minería vigente, se realizó una reforma en el año 2013 sin embargo no se tocó este tema y si usted revisa el artículo 30 de la Ley de Minería, en lo que se define en lo que es una concesión minera efectivamente se determina como un derecho personal, efectivamente un error jurídico garrafal con respecto de entendimiento de que es un derecho personal y un derecho real.

Octavo entrevistado: Considero que no porque los derechos personales y los derechos reales claramente se encuentran definidos en nuestro código civil por lo tanto que exista una ley que contradiga a esta ley general me parece algo incoherente, las minas son bienes inmuebles, cualquier persona con conocimiento en derecho lo sabe y por lo tanto son consideradas reales con derechos reales y todo lo que corresponde a estos derechos, no se puede dar título de personal a una mina, porque contradice completamente las definiciones que ya existen, esto es una deficiencia muy grande que tenemos en el país y un punto que se considera en el extranjero para no invertir en Ecuador, porque no se dan garantías para los inversionistas.

Noveno entrevistado: Esto no tiene sentido darle atribuciones de real a un derecho personal, un tipo de derecho es lo que es, no se le puede dar características de otro, las minas son inmuebles claramente tendría derechos reales, los personales no caben aquí, porque estamos incurriendo en contradicción de norma yendo en contra de lo que determina el código civil.

Decimo entrevistado: Creo que existe confusión en este punto por el asunto de propiedades muchos no toman en cuenta que las minas pertenecen al estado es cierto pero que todos los predios son sujetos a servidumbre minera, y dicen que el termino personal se aplica por estos predios que pertenecen a particulares y no al estado, pero no se puede dar el título de personal al derecho minero y después ponerle características de derecho real porque al momento de controversias los concesionarios quedan en total desventaja, como reclamar derechos reales a un derecho personal, considero que esto solo fue con el objetivo de privar al particular de derechos y que el Estado tenga ventaja.

Comentario de la autora: Concuero con la opinión de la mayoría de los entrevistados, nuestro país se encuentra en un error muy grande al definir a la concesión minera como un derecho personal, y esto es un error porque si hacemos referencia a nuestro código civil ahí claramente ese declara a las minas como bienes inmuebles que se constituyen en derechos reales, en este código se enuncian dos tipos de derechos los reales y los personales, los derechos reales los que vinculan personas a las cosas y los personales q vinculan a personas con personas.

El artículo 595 del Código Civil se dice que los derechos reales corresponden a el dominio, usufructo, herencia, habitación y uso, servidumbres, hipoteca y prendas y en el artículo 696 se habla de los derechos personales que serían las obligaciones y contratos entre personas particulares, como menciona uno de los entrevistados una ley secundaria no puede ir en contra de una ley general como es el Código Civil, este error jurídico en nuestra Ley de Minería es evidente y existe una contradicción de norma no solo con el código mencionado sino también dentro de la misma Ley de Minería ya que le asigna atribuciones de derecho real a la concesión pero bajo el título de derecho personal

Las características que derecho real que menciono con anterioridad en la Ley de Minería se le asigna al derecho personal, esto no tiene coherencia, como menciona un entrevistado la falencia inicia con el borrador de la actual Ley de Minería, que se discutió en el 2009 en la Asamblea Nacional donde al principio estuvo calificado el derecho minero como real y a último momento se le cambio a personal, por alguna razón que aún se desconoce y es aquí donde nace la serie de contradicciones e inconsistencias que hasta hoy existen.

A la segunda pregunta: ¿Cuáles son las potestades que a su conocimiento adquieren los concesionarios mineros en el Ecuador?

Respuestas:

Primer entrevistado: Bueno , los derechos que tienen los mineros en el Ecuador son muchos, especialmente el amparo administrativo, porque ellos están haciendo la actividad minera que no podemos hacer todos los ecuatorianos, que no puede hacer el estado ecuatoriano, por lo tanto él se va a encargar a través de una concesión de hacer minería en un determinado lado, en determinada superficie, entonces como es, esta delegado por el estado para hacer actividad, entonces tiene el amparo del estado, el amparo administrativo, así mismo tiene una serie de otras potestades se podría decir como por ejemplo la servidumbre, la de pedir servidumbre de ocupación de tránsito, servidumbres de agua, puede pedir también, por ejemplo algunas extensiones tributarias, si, puede también como derechos del minero por ejemplo también tiene el derecho a trabajar libremente que no lo perturben, que no lo molesten y el estado debe garantizarle esos trabajos.

Segundo entrevistado: Las potestades que se le otorgan son las de extraer explotar, extraer el material, luego la elaboración y luego el comercio que tienen que hacer, esas son las potestades que ellos tienen y de respetar la concesión que el estado les otorga, esas son las facultades, pueden también venderla a esa concesión, pueden cederla, y también las facultades de que tienen y no solo como facultad sino más bien una obligación que tienen que dar las regalías que determina la ley

Tercer entrevistado: Para ser uno concesionario minero la ley contempla que puede darle a cualquier persona, sea natural, jurídica, mixta, etc., no establece la ley que tengo que tener yo la capacidad de mostrar que yo conozco de minería, simplemente como persona voy y solicito un área minera, en el catastro minero, veo si está libre, hago el trámite y me la otorgan y con eso pues yo tengo que comenzar a hacer minería, de ahí que la ley establece las normas que hay que cumplir y la más principal, la que hay que cumplir es la parte ambiental esa es la que más se cuida que es un principio constitucional que está en la constitución de la república del Ecuador, la parte ambiental y de ahí ir cumpliendo con la normativa, ir cumpliendo con las fases de la actividad minera, depende de la minería que baya hacer, pagar regalías, pagar patentes y cumplir, caso contrario la misma institución como es el concejo de control minero que es el ente que controla técnica y administrativamente, procede a suspender las actividades.

Cuarto entrevistado: Bueno cuando se da una concesión minera ellos pueden extraer, la extracción de la concesión minera lo hacen de manera, algunos lo hacen de manera artesanal y unos de manera tecnológica, entonces principalmente las concesiones que se lo hace a nivel de empresas, tiene como finalidad la extracción, pero esa extracción tiene que estar sujeta a estándares internacionales y estándares nacionales lo que determine el convenio el tratado por el cual se someten se debe plantear normas y regulación para que esto no cause daño al medio ambiente.

Quinto entrevistado: Bueno una concesión minera es un derecho de aprovechamiento, explotación y uso de los minerales ya sea metálicos o no, metálicos que otorga el estado a las personas que participan en procesos de concesión, generalmente existen dos fases una fase de prospección y también de explotación minera, la fase de explotación minera ya requiere un contrato adicional de explotación que tiene que ser otorgado por en este caso por el ARCOM, los principales derechos que otorga la concesión minera es el uso y aprovechamiento de los yacimientos minerales que se encuentren dentro de sus respectivas concesiones, así como tienen derechos a pedir servidumbres mineras de acueducto de transporte entre otro tipo de servidumbres, les asiste también un derecho de proteger su concesión y plantear por ejemplo demandas de internamiento o demandas también por amparos mineros administrativos en cuestión de minería, especialmente esas son los derechos que otorga la concesión minera a los titulares.

Sexto entrevistado: Bien, entre las principales potestades esta justamente el derecho a la explotación del recurso mineral que se encuentre justamente dentro en los predios y de la concesión minera y esto conlleva también a lo que es el derecho de servidumbre, la apertura de vías, el derecho al uso del agua obviamente respetando los temas ambientales, también lo que es el talado de árboles o cualquier otra actividad que se requiera justamente con el fin de explotar el mineral que haya sido concesionado.

Séptimo entrevistado: Bueno más que potestades son derechos, un derecho como el artículo 30 erróneamente lo señala un derecho personal que le confiere a su titular a su concesionario el derecho de ejecutar sus diferentes fases de la actividad minera, es decir exploración, explotación, refinamiento, comercialización, procesamiento de minerales y obviamente el cierre de mina, es decir explorar y explotar.

Octavo entrevistado: A mi conocer los más importantes es de tener la libertad de explorar y explotar, el tema de servidumbres también es una potestad porque las minas son de utilidad

pública y el Estado tiene que facilitarles el acceso a los predios para que puedan desarrollar su actividad, estas ya son responsabilidades y garantías que el Estado les debe de garantizar, y como la ley minera dice la exploración y explotación la pueden ejercer de forma libre, claro en la práctica ya esto va de la mano a trámites administrativos.

Noveno entrevistado: Como potestad está el que ellos pueden extraer lo minerales, claro existen más pero a mi criterio esta es la principal, tomando en cuenta que el objetivo de la minería es este extraer los minerales para comercializarlos y obtener beneficios económicos con esto, esa es la diferencia de la actividad minera con otro tipo de actividades económicas y el estado debe de estar ahí pendiente de que no se interfiera en el desarrollo de estas actividades.

Decimo entrevistado: Básicamente el derecho de explorar y explotar la tierra para encontrar minerales y hacer uso de ellos, eso nos dice la ley es lo que el estado debe garantizar.

Comentario de la Autora: Conuerdo con lo que menciona la mayoría de los entrevistados que las principales atribuciones que se le da al concesionario es la explorar y explotar pero cabe mencionar que adicional a estos derechos el Artículo 31 de la Ley de Minería le da al concesionario el derecho exclusivo a beneficiar, fundir, refinar, comercializar y enajenar las sustancias que puedan obtenerse del área que se les otorgo, considero importante lo que menciono el primer entrevistado que hacía alusión a lo que es el amparo administrativo para el concesionario, esto es un beneficio ya que el concesionario minero solicita a la institución respectiva, que intervenga en el caso de que existan perturbaciones en el correcto desarrollo de sus actividades

Ampliando un poco este punto se trata de un acto para prevenir el ejercicio ilegal de las actividades de minería, por ejemplo invasión, despojo, internación etc., en conjunto actividades que pueden perturbar el correcto ejercicio de la actividad minera, entonces este beneficio de alguna manera da seguridad al concesionario, también otra potestad que se menciona es la de poder ceder la concesión, son facultades que la Ley le otorga, también los entrevistados mencionan la facultad de poder instaurar servidumbres, este es un beneficio para la actividad minera claro está, pero como potestad en este caso derechos exclusivos del concesionario minero sin quitar importancia al resto de fases mineras, están como principales el de explorar, y explotar.

A la tercera pregunta: ¿Qué mecanismos le otorga el Estado al concesionario para poder ejercer sus derechos mineros en base a la Ley de Minería y que efectos jurídicos esto les atrae?

Respuestas:

Primer entrevistado: Primero es el amparo administrativo que es muy importantes, es un amparo constitucional, se podría decir que le dan a Ud., es como una boleta que le dan con la cual , el ante cualquier perturbación, presenta este amparo, y el estado tienen que darle las facilidades, con la fuerza pública incluso, con las fuerzas armadas, puede ser la policía o el ejército, dos, el señor también tienen chance de pedir las servidumbres para poder entrar a una propiedad, también tiene el derecho del agua, si, derecho para utilizar el agua, esos son los principales, son los derechos que más se dan al minero, el amparo administrativo y las servidumbres, existen otros más, pero son secundarios los principales son esos.

Segundo entrevistado: Los mecanismos que determina la ley son los que deben respetarse de acuerdo por ejemplo primeramente en lo que es el medio ambiente, no se puede dañar el medio ambiente hay que recuperarlo, no está permitido que se vaya a contaminar el medio ambiente, la ley lo sanciona, tiene que hacerse una explotación acorde a los mecanismos que la misma ley establece para este tipo de actividad y los efectos jurídicos son aquellos que si es que no se cumple a conformidad lo que la misma ley determina entonces el mismo estado los sanciona porque puede estar para otros efectos y eso no es permitido por la ley y esto tendría sus efectos jurídicos, los efectos jurídicos en el ambiente minero son los que se explota de acuerdo a lo que determina la ley minera y a sus reglamentos de tal forma que lo harían en forma legal en forma jurídica y todo causaría problemas a los concesionarios de tal forma que esos son los efectos, la forma legal, para el comercio, explotación, extracción, etc.

Tercer entrevistado: Le otorga un sin número de atribuciones llamémosle que tenemos dentro de las funciones de la ARCOM ahí por ejemplo vuelvo y repito las que están en la norma que tiene que cumplir, parte de ellas ir cumpliendo las fases de la actividad minera tal como establece la ley pagar patentes pagar regalías, depende de la actividad minera que baya hacer y la más principal y que siempre es por sanción es la parte ambiental que casi es la que no se cumple, toda actividad minera requiere de una licencia ambiental la parte ambiental es la parte principal, la

contaminación es la que más cuida, y el otorgamiento de esto, incluso creo que ahora en la nueva consulta va haber un tema de una pregunta de qué se va a, dictaminar que las personas que cuidan la parte ambiental la no contaminación van a ser como algo así, ya no se las va sancionar sino que se las va a motivar.

Cuarto entrevistado: Bueno trae efectos, primero da la facultad de que pueda erosionar sin contaminación del medio ambiente, efectos jurídicos que puede traer en materia civil y penal, porque una vera que tiene que contratar, en el ámbito laboral tiene que contratar personas, en el ámbito civil las concesiones, las repercusiones que va traer el uso y la concesión y otra en el ámbito penal las situaciones se dan por incumplimiento, incluso situaciones en donde se dañe, que pueda causar daños al ambiente, puede traer repercusiones en el ámbito penal, que demandaría ya las situaciones de reparaciones al estado ecuatoriano, entonces hay varias repercusiones si hablo de los efectos yo podría hablar del efecto en el ámbito contractual, por la relación que se establece entre el patrono, el trabajador las personas de quienes ejercen la concesión minera, en el ámbito civil respecto de las obligaciones que se generan también como contractuales, en el ámbito de la minería mismo la forma o como se va hacer la extracción minera y también en el ámbito penal, entonces son varias consecuencias que podría generarlas y describirlas en el objeto mismo, para que finalidad, había que estudiar más bien la función que persigue la compañía a quien se le va hacer una concesión minera.

Quinto entrevistado: Efectivamente como manifesté en la pregunta anterior, el titular minero tiene derecho de uso y explotación del mineral, puede realizar contratos de operación con terceros para facilitar maquinarias o procesos de operación minera, puede así mismo, utilizar también otros mecanismos, solicitar servidumbres mediante la autoridad que conozca ser competente ya sea el ARCOM o sean los GAD municipales en aquellos asuntos donde hayan asumido las competencias, pueden hacer trámites de amparos administrativos, pueden hacer denuncias por internación, inclusive hacer cualquier tipo de trámite que la Ley de Minería les otorgue.

Sexto entrevistado: El principal mecanismo que les otorga el estado es justamente el derecho o más bien dicho la seguridad a la empresa para que pueda existir la minería es decir que en el caso de que haya algún disturbio o algún paro de las comunidades aledañas es el gobierno quien tiene que ser el medio intercesor para poder conllevar a un mutuo acuerdo para poder

continuar con el libre ejercicio de la minería, este es el principal derecho que otorga el estado y la principal seguridad que da el estado para que las empresas mineras puedan ejercer la actividad de la minería.

Séptimo entrevistado: Bueno la Ley de Minería ha declarado a la actividad minera como de utilidad pública esto implica que quien obtiene una concesión minera, tiene derecho a solicitar servidumbres en el caso de que no pueda llegar a un acuerdo con el dueño de un terreno superficial, recuerde que estamos hablando de dos derechos el derecho superficial que se divide en propiedades, haciendas, fincas, terrenos, lotes, etc., etc., y la propiedad del subsuelo que le pertenece al estado, donde se ubican los minerales, son dos tipos de propiedades totalmente distintas y diferentes por lo tanto si yo obtengo el derecho a los minerales del subsuelo, no significa que automáticamente tengo derecho para la ocupación del suelo, por lo tanto el concesionario tiene que llegar a un acuerdo con el propietario del suelo, si no llega a un acuerdo, a un acuerdo amistoso que puede ser un arrendamiento, que puede ser una coparticipación dentro de las actividades, tendría que obligadamente iniciarse un proceso, un juicio que se llama servidumbre, las servidumbres también están contempladas en la Ley de Minería y obviamente tendría n el carácter de obligatorio para la ocupación del suelo.

Octavo entrevistado: El mecanismo que les otorga es la facilidad de ejercer sus actividades sin ser perturbados, como ya mencione la minería es considerada como de utilidad pública, nos beneficia a todos los ecuatorianos, con sus regalías etc., entonces siendo así el Estado debe brindar al concesionario facilidades, sería bueno agilizar trámites administrativos que son tardados, brindarles mejores formas de ejercer la aplicación de servidumbres, siempre tomando en cuenta el medio ambiente, esto si es un punto transcendental, el ambiente debe ser protegido y a la par con las libertades que se da para la minería un control estricto del cuidado del medio ambiente.

Noveno entrevistado: Efectos jurídicos podrían ser los de carácter laboral, en los contratos porque con sus empleados se firman contratos con normativas etc. etc., que de no cumplirse pueden llegar a problemas legales entre estos mismos empleados con la concesionaria, también en el ámbito penal lo que es el daño ambiental esto es muy tomado en cuenta en nuestro país porque la naturaleza es sujeto de derechos y deben respetarse, el estado les debe dar las facilidades al concesionario para hacer el desarrollo de actividades pero estos a su vez deben cumplir con los acuerdos de lo contrato existirán problemas legales.

Decimo entrevistado: Al otorgarles la concesión les permite ejecutar sus actividades, debe garantizarles seguridad, que no se les interrumpa sus labores, el estado a través de la fuerza pública debe prevenir incidentes, para ejecutar sus fases el estado también les da la posibilidad de realizar los trámites necesarios de manera pronta, les da la facilidad de hacer uso de los previos solicitando las respectivas servidumbres, esto es muy importante porque en ocasiones estas servidumbres son indispensables para el correcto ejercicio de estas actividades.

Comentario de la autora: Considero que es importante tomar como mecanismo para facilitar la actividad minera el hecho de que ante cualquier inconveniente los concesionarios mineros tienen el medio de solicitar amparos administrativos, estoy de acuerdo con lo mencionado en relación a las servidumbres, este es un beneficio para el concesionario minero poder solicitar servidumbres para poder llevar a cabo de mejor manera sus actividades, también hecho de que el Estado debe brindar seguridad a la empresa minera en el caso de disturbios como lo mencionen los profesionales entrevistados es el estado el que debe ser medio intercesor entre las comunidades y los proyectos, continuando con medios para facilitar el correcto ejercicio de la actividad minera es muy importante recordar que la actividad minera está considerada como de utilidad pública y como un sector estratégico para el país, como efectos jurídicos que pueden derivarse de la actividad minera concuerdo con lo que menciona el cuarto entrevistado.

No se puede negar que en toda actividad minera existe daño ambiental así no sea en un gran cantidad pero existe y como sabemos la naturaleza en nuestro país es sujeto de derechos y esto conllevaría a efectos jurídicos de carácter penal, lo que conllevaría a situaciones de reparaciones al Estado ecuatoriano, entonces es vital tener en cuenta que en el desarrollo de las distintas fases mineras se debe seguir estrictamente los lineamientos para el cuidado del medio ambiente tal y como se establece en el momento que se entrega la concesión, como otro efecto jurídico está en el ámbito contractual, por la relación que se funda entre el patrono, y el trabajador, las seguridades que debe dársele al trabajador minero y los requisitos básicos de ley como por ejemplo el seguro social, entonces para finalizar mi comentario puedo decir que si bien se le da facilidades a la empresa para desarrollar sus actividades así mismo el concesionario debe cumplir con los acuerdos a los que se llega dar seguridad a sus trabajadores y en el caso de incumplimiento responder por los daños y afectaciones.

A la cuarta pregunta: ¿Qué falencias existen a su consideración en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones?

Respuestas:

Primer entrevistado: Bueno en primer lugar que no es un derecho personal es la primera falencia, la segunda es que no es un acto administrativo sino que debe ser esto como en otras partes mediante sentencia judicial, ósea es quien maneja los bienes, son los jueces de lo civil es como una escritura de una finca de una casa, quien tiene jurisdicción sobre eso son los jueces, pero aquí en el Ecuador quien otorga las concesiones es un ente administrativo estatal político entonces es una de las fallas, otra falencia que presenta aquí también es el hecho de que hay un desconocimiento por parte de la sociedad de que este es un derecho social, que las minas así como el petróleo son de todos los ecuatorianos no es de una persona en particular o de una compañía, sino que esas personas o esa compañía está trabajando para los ecuatorianos porque, de ahí queda más o menos el setenta o setenta y cinco por ciento del dinero en el Ecuador, las regalías son muy altas y los impuestos también, y el estado ahí no invierte un centavo quien arriesga todo es el minero entonces debería dársele, garantizarlo la inversión privada que pueda hacer esta persona.

Segundo entrevistado: Ahí hay un problema en las concesiones mineras, cuando se caduca las concesiones mineras y queda la maquinaria entonces el estado interviene y prácticamente decomisa esa maquinaria, herramientas, y esa maquinaria es maquinaria de mucho valor, de tal forma que eso el estado le quita, entonces ahí hay un problema y es un problema que siempre se viene dando en el ambiente minero y hay que regular, los assembleístas deben regular esa parte en el aspecto minero para que ya no se perjudique a la gente, se lleven la maquinaria y ya no se la devuelve ya no se la destruye, entonces es un problema.

Tercer Entrevistado: Para mí la principal son los conflictos sociales, lo que vuelvo y repito, tendría que tener prioridad el dueño de la tierra, no así el concesionario minero, otro problema también que tenemos grande en la Ley de Minería las falencias dentro de la Ley de Minería es el tema de la minería informal, la minería informal no se puede erradicar, no se puede controlar, pese de que hay ya está penalizada en el código penal. Tenemos la parte ambiental, la minería informal, pero a pesar de ello no se puede controlar esta parte hasta la presente fecha.

Cuarto entrevistado: Yo pienso que se debe limitar mucho por ejemplo, tiempos, la función y la finalidad social, de qué manera no se va perjudicar al medio ambiente, de qué manera las comunidades indígenas van a tener el acceso libre y voluntario, de qué manera no se pueden ver afectados los pueblos ancestrales, entonces eso se debe clarificar porque recuerde que esta, cuando se creó la ley minera fue tema de mucho debate, no, porque si nosotros leemos en los sectores de la amazonia si se veía como bastante pobreza y generar un poco eh que para ellos sea más bien un beneficio social, no solamente para la empresa que se le va a otorgar el derecho de extracción, sino también el beneficio que se le debe de dar a toda la población entonces creo reformular en el sentido más bien de una defensa social

Quinto entrevistado: Bueno algunos defectos que eh podido observar en la Ley de Minería, serian por ejemplo las causales de caducidad de la concesiones mineras, una de las causales es por ejemplo que no paguen los derechos de conservación minera, las patentes mineras, considero que sería un asunto que se puede subsanar, es una deuda con el estado pero considero que es bastante drástico que sea una causal de extinción del derecho minero, sino que sería algo que debería se podría subsanar, pagando inclusive tardíamente la obligación.

Sexto entrevistado: Pienso que existen algunas falencias y algunos puntos por corregir pero entre las principales está el ponerle un poquito más de énfasis en el aspecto ambiental si bien existe ya una normativa tanto nacional como internacional que se aplica a la minería a gran escala y a menor escala pero no es simplemente que este escrito sino también que se la haga cumplir, muchas de las veces los organismos que son encargados de velar por esto no cumplen a cabalidad con sus actividades es por eso que muchas de las empresas y sobretodo la minería artesanal, contamina bastante lo que es el medio ambiente debido a que no existe un seguimiento adecuado por parte de los entes competentes entonces pienso que ahí está la principal falencia de la ley minera.

Séptimo entrevistado: Bueno la primera falencia ya la hemos señalado erróneamente se define a la concesión minera como un derecho personal cuando es un derecho real por lo tanto ahí tenemos un punto a corregir, un segundo punto también no menos importante es que la ley declara a la actividad minera como de excepción es decir que el estado permitiría la ejecución de actividad minera solamente por temas de interés nacional y esto ha hecho que prácticamente desde el año 2009 hasta el presente año el estado no otorgue nuevas concesiones, porque si el estado no

considera que es de interés nacional pues no otorga concesiones mineras y no hay actividad minera usted me preguntara porque hay concesiones mineras que se encuentran en etapa de explotación como el proyecto de cobre mirador y el proyecto aurífero fruta del norte porque estas concesiones fueron otorgadas muchísimos años antes de que entre en vigencia la actual Ley de Minería, es decir estos proyectos iniciaron con otras leyes que a propósito la ley 126 que data del año 1991 si usted revisa la definición de concesión claramente determina que es un derecho real por lo tanto el error solamente se inicia con la ley del año 2009, la ley que se encuentra al momento vigente.

Octavo entrevistado: Haber la primera falencia es el considerar un derecho personal al derecho minero, esto es un error que incluso a nivel internacional nos hace ver mal, porque es ilógico, ahora yendo a otro punto para mí una falencia es el tema de que para dar paso a proyectos mineros el estado dice que debe ser de excepción estas concesiones, esto limita bastante a la minería legal y da paso a personas inescrupulosas que hacen minería pero claro esto no aporta en nada al Estado porque es minería ilegal sin contar lo mucho que estas prácticas dañan el ambiente, también es importante mencionar tiempos a mi criterio las concesiones mineras pueden caducar por tiempos eh visto casos en mi práctica profesional de juicios de carácter ya judicial por negativa de servidumbres que a la final retrasan los proyectos.

Noveno entrevistado: Falencias, la más abismal es la de denominar al derecho minero como personal, y para mí el exceso de tramitación, me parece exagerada, y en algunos casos son los mismos documentos que deben sacar una y otra vez, esto retrasa, y como ya sabemos todos los tramites públicos tardan siglos y son desgastantes, se debería abreviar un poco esto de forma urgente porque esto al final desmotiva a los inversionistas, y lo que el país necesita son proyectos que dejen beneficio para mejorar nuestra economía.

Decimo entrevistado: Como opinión personal está el hecho de no dar paso a las actividades mineras cuando existe controversia entre el dueño de un terreno y la empresa minera, debería implementarse nuevas formas para que esto se acelere, porque mire llegar a una instancia constitucional y hasta eso el concesionario no puede continuar con sus trabajos, yo creo que esto hay que regular y debería hacérselo pronto, para no perder el interés de posibles inversionistas, porque yo como dueña de una concesión que me suceda eso prefiero evitarme el trámite de juicio e invertir en otro país que me dé mejores garantías, para los empresarios el tiempo es dinero y en realidad es así, y este tipo de cosas ralentizan la actividad.

Comentario de la autora: Concuero con los entrevistados en decir que la principal falencia que existe en nuestra Ley de Minería es el hecho de que se considera al derecho minero como un derecho personal cuando es un derecho real, y es así, también los entrevistados en su mayoría presentan preocupación por el impacto ambiental que existe al momento de realizar la actividad minera, claro está que la actividad minera siempre va a generar un daño ambiental, pero no debemos olvidar que dentro de lo que es la minería legalmente establecida

Como uno de los principales requisitos que se solicita está el estudio de impacto ambiental que debe ser detallado, requisito que se le exige al concesionario minero, además dentro del ejercicio de la concesión están otros estudios ambientales que se van solicitando a lo largo del ejercicio de estas actividades, para ser más claros existe una categorización en relación al tipo de permiso ambiental que corresponde a cada caso, todos estos permisos ambientales son autorizados por la autoridad pública competente y son obtenidos previos al inicio de cada fase minera como ya se mencionó en esta investigación para la exploración inicial corresponde la ficha ambiental, para la exploración avanzada la declaración del impacto ambiental y para la explotación y etapa de procesamiento y beneficio se requiere el estudio de Impacto.

Existe el Reglamento Ambiental de Actividades Mineras en la República del Ecuador, que brinda la normativa para algunas de las actividades por ejemplo para la fase de exploración, a que quiero llegar con esto que comparto con los entrevistados su preocupación por el medio ambiente, de hecho en nuestro país como ya se sabe la naturaleza es sujeto de derechos, pero es importante tener real conocimiento de que existe un control bastante amplio para el cuidado de la naturaleza en la actividad minera legal, no es así cuando la actividad minera es ilegal, ya que en estos casos no existe ningún control por parte del estado o el ministerio del ambiente, es un tema que se sale de las manos de nuestras autoridades, es por esto que considero de vital importancia para nuestro país y nuestra naturaleza el implementar medios para brindarle más oportunidad a las empresas mineras que desean invertir en nuestro país de una forma legal, rigiéndose al control del estado y otorgando regalías que nos benefician a todos los ecuatorianos, de esta manera estaríamos de alguna manera contrarrestando el ejercicio de la minería ilegal.

A la quinta pregunta: ¿Qué opinión le merece el desarrollo de la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades indígenas y que tan determinante debe ser la misma a la hora de otorgar la concesión minera?

Respuestas:

Primer entrevistado: Vera, en el 2018 ya hubo una consulta popular sobre este asunto, la ley que viene del 2010 contempla la consulta, contempla la consulta cuando son el lugares ancestrales y en el 2018 se amplió a lugares en donde hay conflictos con el agua o lugares ambientales en esos lugares no se puede hacer minería y si se quiere hacer minería en esos sectores se tiene que hacer una consulta, entonces eso ya está arreglado pero lastimosamente los indígenas hacen de eso una campaña política y desinformación y la gente piensa que no hay una consulta, la consulta está establecida desde antes de la constitución del 2008 inclusive en la ley de gestión ambiental antes del código orgánico ambiental ya existía la consulta.

En el 2008 se hizo constitucional, bueno se la puso en la Ley de Minería del 2009 y ha venido funcionando sin problema , el problema es de que las comunidades no tienen a veces la representación de la comunidad y a veces no tienen la titularidad de los terrenos, entonces es un problema ya diferente porque, muchos dicen somos comunidad pero no, de que terreno es terreno comunal , no, no tienen escrito, son terrenos particulares, entonces ahí viene un problema que no se arregla muy bien en determinar quién mismo es comunidad, y por eso es de que hay estos problemas, mas son de politiqueros, yo lo veo más de propaganda política partidista porque si ustedes revisan la ley, el reglamento general, y el reglamento ambiental de actividades mineras, si, habla perfectamente de la consulta y esto se ha venido realizando desde antes del 2008.

Segundo entrevistado: Muy de acuerdo, porque realmente esta consulta a la comunidad es importante a ver si ellos están de acuerdo o no porque se va a contaminar de hecho que se va a contaminar estas partes se van hacer expropiaciones, entonces una serie de cosas y entonces es necesaria la consulta previa, es determinante, la constitución lo determina, la ley así también lo estipula, así que para mí es una cosa muy importante la consulta, debe respetarse la consulta y debe hacérsela no se la debe pasar por alto.

Tercer entrevistado: El derecho lo puede adquirir cualquier persona así como lo dice la Ley de Minería, ya entrando a lo que es la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas

es un tema de realmente de querer o no hacer minería, si quieren hacer minería , cuidando la parte ambiental la no contaminación ,si no se quiere hacer minería pues no se la hace, para eso es la consulta, si no van a querer no quieren y no se la podrá hacer, es estrictamente determinante sí o no y de ahí partiríamos la gente quiere hacer minería o no quiere hacer, está en contra de la minería, por el tema de la contaminación y la parte ambiental.

Cuarto entrevistado: Yo pienso que eso es importante, esa consulta previa, porque ellos son quienes conocen el entorno, ellos son cuales saben el espacio físico donde se desarrolla y el análisis es decir bueno, la consulta es para saber si ellos se van a ver afectados o limitados entonces yo pienso que es necesario que se deba puntualizar específicamente para que no se politice tampoco ni se haga un exceso de poder tampoco de las comunidades sino que se centre en el objetivo mismo que es la conservación.

Quinto entrevistado: Considero que es de vital importancia la consulta previa a los pueblos y nacionalidades porque obviamente la minería en alta escala produce una grave afectación forestal y también a los yacimientos mineros sin considerar que toda actividad minera tiene su defecto de impacto de contaminación a los ríos y a pesar de que se haga con todas las exigencias que exige la actual Ley de Minería y la autoridad de control pero siempre existió un impacto ambiental que debería ser tomado en cuenta especialmente en zona en que existen comunidades y se ha mantenido integro el ecosistema.

Sexto entrevistado: Pienso que la opinión de las comunidades indígenas es fundamental dentro de un proceso de minería muchas veces antes nos falta un poco el dialogo y tratar de interrumpir lo que es un proceso minero porque muchas personas piensan que la minería es solamente tratar de destruir la naturaleza cuando se hace precisamente un proceso minero correcto la minería también vela por el medio ambiente y sobre todo hace resurgir a los pueblos, pero obviamente en los pueblos tanto indígenas como las comunidades existen también creencias las cuales a mi criterio también deben ser respetadas y en el caso de que haya una zona que por A o B motivos tenga un hito bastante sagrado por así decirlo para las comunidades donde no se puede explotar pues debe ser respetado porque obviamente son comunidades que han estado desde mucho antes predecesoras a nosotros y su opinión es bastante importante.

Séptimo entrevistado: Digamos es un derecho de las nacionalidades indígenas a que previo a iniciar cualquier actividad que pueda causar un impacto ambiental deba realizarse una

consulta previa, efectivamente en estos casos se realiza la consulta previa, y hay otra confusión que se a generado en el pueblo ecuatoriano en general en las comunidades indígenas y es que se considera que la consulta previa presupone un consentimiento y son dos cosas totalmente diferentes la consulta significa que es un proceso de información de realización de requerimientos que podría la comunidad tener frente al proyecto que va a desarrollarse, pero en ningún momento presupone que la decisión de la comunidad del territorio indígena tenga que ser de carácter vinculante u obligatorio, es decir que la decisión final de que se ejecute o no se ejecute el proyecto de conformidad con lo que dice el artículo 398 de la constitución queda en manos del estado, de los representantes del estado que en este caso serían los representantes del ministerio de minería en su cabeza el ministro.

Octavo entrevistado: Determinante de manera definitiva no, porque como su nombre mismo lo dice es una consulta, la constitución lo establece así debe ser libre, informada, es cierto y obligatoria indiscutiblemente, pero determinante no, porque es el estado el que decide si se da paso al proyecto o no, los resultados de la consulta son solo una acotación, un punto de vista.

Noveno entrevistado: La consulta previa es obligatoria nadie puede discutir eso, las comunidades indígenas que se van a ver afectadas por la actividad minera deben ser consultadas, eso es así, y debe cumplirse, no hay una excusa valida que pudiera dar el estado para no realizarla porque nuestra constitución lo dispone así, sobre lo que tan determínate debe ser a mi criterio si debería ser tomada en cuenta esta respuesta para tomar la decisión final, porque a fin de cuentas estas personas van a ser las afectadas en cierta medida en sus territorios y debería su opinión considerarse, pero claro al final del día es el estado el que debe de decidir si un proyecto va o no va.

Decimo entrevistado: Esto es un retraso, hay que ser claros los indígenas siempre quieren tener la última decisión en todo, y no es así, las minas pertenecen a todos los ecuatorianos, y si bien es cierto la consulta es obligatoria y nadie lo discute, la decisión es del estado, debe realizarse y hacérselo bien de acuerdo a los parámetros que están establecidos en la ley pero determínate no debe ser, muy personalmente estoy en contra de esto, para que me entienda estoy en contra de que la última palabra la tenga la comunidad como se pretende en esa propuesta de ley que está ahora en la asamblea, yo creo que si bien se les debe consultar esto no debe entenderse como estar pidiendo un permiso porque no es así.

Comentario de la Autora: Conuerdo con los entrevistados al decir que la consulta previa para las comunas comunas pueblos y nacionalidades es obligatoria y es así, está establecido en nuestra constitución la cual tiene como base el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo nuestra constitución dice en su Art. 57. Que se reconocerá y se garantizara a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, la consulta previa libre e informada dentro de un plazo razonable sobre planes y programas de prospección explotación, y comercialización de recursos no renovables que estén en sus tierras y que les pudieran afectar ambiental y culturalmente, la consulta se la debe hacer por parte de las autoridades competentes, será de manera obligatoria y oportuna, si bien es cierto la consulta previa es obligatoria, y no sería necesario un ley para que esto siga siendo así.

Existe desinformación en este aspecto, ya que como manifiesta uno de los entrevistados se confunde la consulta con una autorización y no es así, el estado es el que toma la decisión sobre la aprobación de los proyectos, concuerdo con la opinión del segundo entrevistado de que es importante tomar en cuenta su opinión porque son sus territorios, sin confundir esto con algo determinante, no se puede obviar este proceso, porque precisamente por esto se dan estos enfrentamientos sociales con el Estado, porque no se realiza la consulta previa siguiendo los parámetros adecuados, y no es necesaria la creación de una ley de Consulta Previa tampoco para este punto, ¿Por qué? Porque ya existe un lineamiento para llevarla a cabo, y está es, la sentencia dada por la Corte Interamericana de Derechos humanos al caso Sarayaku Vs Ecuador, a una guía para los demás procesos de consulta, en esta sentencia están los pasos a seguir, por lo tanto, debemos tener claro que la consulta es obligatoria y que el problema radica en que se está dejando vacíos a la hora de realizarla y esto da lugar a las denuncias por mala aplicación de la misma.

A la sexta pregunta: ¿Considera usted que la falta de una consulta seria y responsable de parte del estado, favorece a la conflictividad, y enfrentamiento entre las comunidades indígenas y los posibles inversionistas mineros?

Respuestas:

Primer entrevistado: Vera la constitución dice que la consulta debe hacerla el estado ecuatoriano pero no dice que el estado ecuatoriano deberá pagar la consulta, y ahora los indígenas en este último levantamiento que quieren hacer , dicen que el estado tiene que pagar la consulta, cuando realmente quien ha estado pagando la consulta han sido los mismos mineros, dicen que no paguen los mineros porque al rato que pagan los consultores se hacen al que paga, y eso es mentira porque hay una lista enorme así como de peritos en la corte en la fiscalía, y al momento en que usted como minero necesita el proceso de consulta, el ministerio del ambiente les sortea y le dice tal consultor salió habilitado para, designado para hacer la consulta en su mina entonces usted tienen que pagarle a él, pero ahora ellos tergiversan un poco y dicen, no, no tiene que pagar el minero sino el estado y ya son cuestiones que mejor van a hacer gasto al estado y que tergiversan un poco las cosas, porque según la ley de consultoría es muy estricta, si usted como consultor no dice la verdad, este, pierde el título profesional, que es muy grave, pero en el caso si yo soy consultor y eh falseado la verdad, me quitan el título, pierdo mi profesión, ya no puedo hacer más consultoría, tendría que estudiar de nuevo, ósea es un problema grave, entonces las auditorias, los consultores en una cosa muy seria , pero a veces la gente la, por estas cuestiones de que el minero paga, que mejor que pague el minero pues, nos economiza al estado dinero, pero los indígenas dicen que no que tiene que ser el estado el que tenga consultores y que ellos deben ser los consultores eh intermediadores, ósea quieren ellos obtener puestos para los indígenas, y mejor desdibujan todo el diseño de la consulta que lo tiene muy bien realizado la Ley de Minería, y el código ambiental también, y la ley de participación ciudadana también, las tres leyes son mezcladas ahí.

Segundo entrevistado: Lógico, si es que no se hace una consulta seria, una consulta realmente que determine si es que se puede hacer o no una concesión minera, y si no es en la forma en que establece la ley y si no se la hace con seriedad, va afectar, eso va afectar y no debe ser eso, debe ser una consulta seria de tal forma que no perjudique, a la comunidad, que no perjudique a

nadie, sino que sea una consulta enmarcada dentro de la ley y sin marginaciones a nada sino que debe respetarse la opinión de la gente en forma seria en forma oportuna y en forma decidida.

Tercer entrevistado: De toda la vida ha sido este problema sociocultural, hablemos lo, socioeconómico, los conflictos sociales entre los propietarios de la tierra en este caso de los pueblos de las comunidades de las comunas, la inconformidad que existe hasta la presente fecha porque ya grandes proyectos mineros se han otorgados y la gente sigue aun reclamando, las comunidades que son afectados reclaman derechos y parte de eso pues el estado es aquel que maneja la política minera a través de su presidente o presidenta de la república, tendría pues que estos aspectos primeramente antes de otorgar, consultarlos, conversarlos dialogarlos, y ver los beneficios que otorgaría la minería, vuelvo y repito esto parte del deseo de si se quiere o no hacer minería y los beneficios que van a recibir, en este aspecto pues no se da esa socialización esos dialogo, entonces la minería como tal al realizarla, la actividad minera bajo los parámetros, normas que establece que tenemos, nosotros como es la Ley de Minería, es bueno hacer minería, respetando la naturaleza, la parte ambiental, el momento dado que nos oponemos pues a esta, está el país, está pidiendo los sectores donde están los sectores estratégicos, están perdiendo de recibir muchos beneficios, pero ahí está pendiente ese conflicto social llamémoslo así entre las partes entre el estado y las comunidades

Cuarto entrevistado: Si genera, si genera la falta de consulta previa obviamente porque va a ser como una invasión al territorio y ellos tienen por la norma constitucional, dice que se respeta mucho las tradiciones, nuestra forma nuestra cosmovisión y nuestra identidad cultural que tiene que ver con nuestro territorio, crea un confronta miento y como el pueblo milenario, como pueblo consuetudinario es necesario para que no se creen esas connotaciones y no exista ese desequilibrio entre lo que debe ser la función sustancial que debe ejercer la ley

Quinto entrevistado: Considero que es de vital importancia la consulta previa a los pueblos y nacionalidades porque obviamente la minería en alta escala produce una grave afectación forestal y también a los yacimientos mineros sin considerar que toda actividad minera tiene su defecto de impacto de contaminación a los ríos y a pesar de que se haga con todas las exigencias que exige la actual Ley de Minería y la autoridad de control pero siempre existió un impacto ambiental que debería ser tomado en cuenta especialmente en zona en que existen comunidades y se ha mantenido integro el ecosistema.

Sexto entrevistado: Si lo considero así pero como mencione anteriormente pienso que la falencia más se da por la falta de comunicación porque muchas de las veces las empresas mineras llegan ya con los permisos ya adecuados pero debido a que no hubo antes una adecuada comunicación donde se les explica a las comunidades que es lo que se va a hacer como se lo va a desarrollar, cuales son los pro y los contra, cuales son los beneficios, cuales son los prejuicios, ahí la comunidad ya estaría alerta pero en muchos de los casos no lo está, entonces la comunidad empieza a especular, empieza a escuchar de terceros, de personas que tal vez están en contra de eso por otros motivos ajenos a ellos entonces comienzan a sembrar en ellos ideas que no van acordes, entonces pienso que lo principal es la comunicación para poder llevar a cabo un proyecto minero sin ningún perjuicio

Séptimo entrevistado: El estado es quien realiza el proceso de consulta no es la empresa minera no es el concesionario, no es la compañía, tal como lo determina el artículo 348 de la Constitución este proceso de consulta lo debe realizar el estado a través de sus entidades, de sus autoridades, por lo tanto el proceso de consulta se realiza y de una u otra manera estas consultas como no tienen el carácter de vinculante pues han sido tomadas por las comunidades indígenas como algo no serio, como usted lo denomina que ha generado conflictos sociales pero yo creo que debemos todos obedecer a la norma constitucional, la norma constitucional plantea el proceso de consulta previa como un proceso de información, un proceso de socialización de lo que se va a realizar, no es pedirle autorización o pedirle consentimiento a la comunidad para realizar el proyecto, esa decisión final queda a cargo del estado como lo dice el artículo 348 de la Constitución del Ecuador

Octavo entrevistado: Sería como tal no, más bien creo que no se la está llevando a cabo para los objetivos que se pretende obtener, a que me refiero con esto, que se debe enfocar no solo en tratar de convencer a la comunidad sino más bien en dialogar con estas personas, informarles de que trata el proyecto cuales serían los pro y los contras, hasta qué punto su territorio se vería afectado y hasta qué punto la concesionaria y el Estado van a responder ante eso, darles una seguridad para que ellos tengan conocimiento de todo, y la consulta realizarla a toda la población no solo a una parte de ellos, porque después vienen los conflictos y se les da paso a ellos a reclamar en caso de que se nieguen, pero si se hace una consulta bien hecha con todas las guías aplicadas incluso si se niega la población como ya dije antes el estado toma la decisión final y hay que tener

en cuenta que los minerales del subsuelo son de todos los ecuatorianos no solo de las comunidades indígenas.

Noveno entrevistado: Más que la consulta lo que se está haciendo mal es el ejercicio de la misma, porque a veces incluso no se la hace, y en otras solo se consulta a una parte de la población, los denominados líderes, esto no debe ser así más que todo porque ya existen Guías, no recuerdo ahora el nombre pero existe una sentencia que fue en contra del estado, perdimos a esa denuncia, y lo importante de esta sentencia es que ahí se daba los pasos a seguir para hacer bien la consulta, es muy interesante de leer, entonces el Ecuador ya tiene las guías solo debe de ver la forma de hacerlo correctamente, reitero no hay excusa para no hacerla.

Decimo entrevistado: Si, si, definitivamente, al no hacer bien la consulta se le da lado a las comunidades indígenas a reclamar y a hacer lo que ellos pretenden en primer lugar que es detener las actividades de minería, es así, estamos cayendo en el miedo de las reacciones de estas comunidades, y no debería ser así la Constitución es clara y debemos obedecer, se debe hacer una consulta correctamente hecha, que no tenga lugar de duda ni discusión, incluso si la respuesta es negativa, la consulta debe ser bien hecha y después ver medidas para llegar a acuerdos.

Comentario de la Autora: Con respecto a esta pregunta me encuentro de acuerdo con lo que manifiesta la mayoría de los profesionales entrevistados que en realidad no se ha venido realizando de una manera ordenada la consulta, como ya se ha mencionado la consulta es obligatoria y su aplicación está a cargo del Estado Ecuatoriano a través de sus entidades, en los últimos meses han habido múltiples enfrentamientos entre las comunidades indígenas y el Estado, precisamente aduciendo este punto que está siendo sujeto de consulta.

El hecho de que la consulta previa no se la está realizando de acuerdo a los parámetros establecidos, y de que en caso de negativa, algunos procesos se dieron de igual manera, los indígenas consideran que se está invadiendo su territorio sin tomar en cuenta su opinión, sin embargo las consultas no son de carácter vinculante como lo menciona el séptimo entrevistado especialista en derecho minero, y es por esto que estas comunidades no le dan validez yo considero pertinente que se realice como los entrevistados mencionan, procesos de dialogo que ayuden a entender de mejor manera la normativa constitucional sobre este tema, que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades comprendan que la consulta previa es un proceso de

información, en el cual se les debe socializar en que consiste, los pro y los contras los proyectos mineros que se pretende implementar para llegar a acuerdos que beneficien a las dos partes.

La Constitución claramente lo dice que el proceso de consulta no es una solicitud de consentimiento, y que la decisión de otorgar una nueva concesión minera corresponde al Estado Ecuatoriano, para así también por medio de estos diálogos poder evitar movilizaciones, daños a la propiedad pública, y retrasos en el desarrollo de la minería en nuestro país.

Ala séptima pregunta: Para agilizar el desarrollo de la actividad minera ¿considera Ud. adecuado tomar como guía lo que expresa la Ley de Minería Chilena que Mientras se tramita el juicio respectivo, un juez autoriza al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado?

Respuestas:

Primer entrevistado: Claro que sí, es una muy buena resolución esa en Chile se maneja mucho en el ámbito civil la minería, no en el ámbito político del ministerio sino en los juzgados y los jueces le dan esa posibilidad, si usted quiere entrar a un terreno, presenta una garantía y puede entrar al terreno hasta que termine el juicio de servidumbre, un juicio de servidumbre por lo general en el ministerio demora unos seis meses y después va al contencioso administrativo, que demora dos tres años, eh incluso puede ir al constitucional, entonces fíjese usted lo que es, estar esperando cinco, cuatro años, sin poder ingresar al terreno a hacer actividad minera, eso en recién exploración, entonces las inversiones no llegan por eso, entonces yo creo que sí debería, reformarse la ley en este sentido en que cuando se trate de actividad minera, si el minero o titular quiere entrar al terreno a explorar pague todos los daños los prejuicios, si, no hay problema y se le pague al dueño, no al dueño, sino que ponga a disposición del juez, sea administrativo o judicial, ponga una garantía a fin de poner el, entrar inmediatamente porque son proyectos de interés nacional, estratégicos, entonces necesitan esta protección estatal.

Segundo entrevistado: Creo que dentro de las servidumbres, en Chile ellos son más adelantados en la minería que acá, pero creo que las servidumbres dentro de lo que dice , lo que Ud. me menciona de Chile que el juez pide una garantía creo que está bien para que se cumpla para que se pague la servidumbre, porque hay que pagar la servidumbre, hay que pagar la destrucción,

que a lo mejor se ocasiona, entonces pienso yo muy personalmente que si es necesario de que se dé una garantía hasta que se otorgue esas servidumbres.

Tercer entrevistado: Haber el tema de las servidumbres son actos netamente administrativos, que ya le toca otorgarlos cuando existe ese conflicto social, vuelvo y repito el dueño de la tierra y el que se le a otorgado la concesión minera, pagar un valor por esa servidumbre, nunca está de acuerdo el dueño de la tierra, no hay valor económico que satisfaga esta servidumbre porque en definitiva el dueño de la tierra sabe que hay una playa, sabe que se puede hacer, que hay un rio cerca, sabe que hay un lugar donde se puede hacer minería y se sobreentiende que si no lo pidió y no lo hizo y si se opone es porque no quiere que se haga actividad minera y no se cumple con lo ofrecido entonces, al momento dado de darle tampoco los concesionarios no cumplen con lo que establece la ley.

Cuarto entrevistado: Eso sería, la legislación Chilena está un poco más positivizada entonces si pienso que debería armonizársele en el sentido de que sea beneficioso y que esto genere una actuación adecuada para estos estados, entonces cuando decimos no solamente yo pienso que debe ser eh cuanto la servidumbre, sino en cuanto al impacto ambiental, porque en minería hay que hablar sobre el impacto ambiental, el impacto ambiental no tiene precio, el daño ambiental no se puede reparar, si yo doy una garantía que luego es patrimonial, es económica y si causo la erosión al medio ambiente yo como le compenso, entonces yo pienso que debe ser en el estudio que debe armonizarse que ese estudio debe estar centrado en que no se dañe, en que se conserve lo más posible la flora, la fauna, la naturaleza, la vida mismo que son los pulmones mismo de la naturaleza entonces en ese sentido yo creo que sí debería adicionar un poco mas que en esta servidumbre siempre y cuando no afecte al medio ambiente, no dañe el entorno natural.

Quinto entrevistado: Bueno, considero que es un tema que ya se encuentra regulado en nuestro país porque existe también para poder explotar les piden que presenten cauciones y pólizas de garantías de un aprovechamiento responsable ósea los municipios de la ARCOM piden estas pólizas pero si considero por ejemplo que debe ser un requisito que se haga la consulta previa como un requisito de valides para la concesión minera en estas áreas de pueblos y nacionalidades y en caso que no se cuente con esta consulta previa que se establece que se conforma como una causal de nulidad de la concesión.

Sexto entrevistado: A criterio personal no creo esto conveniente, porque, porque si por A o B motivos el proceso minero inicia y se topa alguna zona de biodiversidad ya sea de fauna o de flora por mas garantía que ponga la empresa minera hay daños que a veces no pueden ser reversibles entonces yo considero que primero se debe realizar el estudio, se debe aprobar el estudio y luego si la empresa minera ingrese, obviamente a veces estos estudios, estas consultorías demoran tres o cuatro años, pero así mismo se debe entender que los proyectos mineros tienen una vida útil de 10 años para arriba entonces pienso que la espera del estudio compensa después lo que se va explotar y más que nada lo digo a criterio personal porque a veces se destruye y se deja simplemente pequeñas regalías lo que no compensa el daño que se hizo anteriormente

Séptimo entrevistado: Hay una diferencia sustancial entre la legislación minera chilena y la legislación minera ecuatoriana, primero porque el trámite en la ley chilena es un trámite judicial, es decir la autorización de la concesión minera en Chile se la pide ante un juez, en Ecuador es un trámite de carácter administrativo no se la pide a un juez, se la pide ante una autoridad administrativa de hecho ante el ministerio de minería o el viceministerio a cargo por lo tanto ahí tenemos una diferencia sustancial, sin embargo lo que determina la ley chilena es que mientras se obtienen todos los permisos de manera definitiva se podrá entregar una caución para que se haga una autorización previa y se pueda realizar actividad minera sin que se paralice el proyecto, desde el punto de vista administrativo considero que podría ser esta norma de alguna manera implementada al trámite administrativo como le digo no podemos implementar de la misma manera porque en Chile es de carácter judicial, podría hacerse una implementación de carácter administrativo y que el concesionario otorgando una fianza, una caución también pudiera ser autorizado para que inicie actividades mineras de tal manera que si se causaría un impacto ambiental grave o un impacto ambiental que requiera de una intervención urgente por parte del estado, pudiera obviamente cobrarse o hacerse cargo de la prenda o de este dinero que estaría en caución en manos del estado.

Octavo entrevistado: Me parece adecuado, se podría implementar claro en nuestro caso particular adaptar a una parte administrativa, pero si se puede hacer para dar facilidades al concesionario y hacer valer lo que dicen nuestras leyes que la actividad minera es de utilidad pública, y como dice la Ley de Minería todos los predios superficiales están sujetos a servidumbres.

Noveno entrevistado: Sería muy bueno lo que me comenta porque los juicios de servidumbres mineras tardan bastante cuando ya incluso llegan al constitucional, puede ser años y mire hasta eso estar los trabajos paralizados es una pérdida para las empresas incluso pueden decir que dejan la concesión y no estar en estos trámites engorrosos, pienso que es una falencia del estado no agilizar esto y permitir este tipo de disputas, la minería es sector estratégico se la debe garantizar

Decimo entrevistado: Completamente de acuerdo se debe dar prioridad al concesionario para garantizar el derecho mismo que se le da para realizar la actividad minera, es importante tomar en cuenta guía de países con experiencia, para ver lo que a ellos les funciona y si a nosotros también nos podría beneficiar, como país debemos tener mía a crecer, desarrollarnos, Chile es un país minero, guiémonos en países así, tomemos lo bueno, la servidumbre es un problema a la hora de ejecutarse y es un proceso muy tardado.

Comentario de la Autora: Como se manifiesta en las respuestas de los entrevistados, enfatizan en el hecho de que si sería factible la aplicación de este tipo de facilidad para la empresa minera, tomando en cuenta que en nuestro país sería aplicable en el ámbito administrativo, a diferencia de Chile que esto corresponde al poder judicial, dejando en claro esto, estoy de acuerdo con los entrevistados en decir que esto agilizaría las actividades mineras para que se continúen con normalidad mientras se realiza el proceso legal, como mencionan los profesionales esto fundamenta el hecho de que la minería es un sector estratégico y de interés nacional, que beneficia a toda la ciudadanía a través de las regalías que se entrega al estado.

El ejercicio de las servidumbres es un beneficio que se le da al concesionario, pero para que este beneficio en realidad tenga valor, se requiere darle las facilidades necesarias sin desmerecer al dueño del predio el cual debe quedar debidamente indemnizado por el valor de su propiedad, y también velando por su seguridad, en Chile todo esto se aplica, para que ninguna de las partes se vea afectada en sus derechos, Chile es un país minero de renombre por excelencia y sus políticas deberían ser tomadas como guía para mejorar esta industria, siendo así se puede implementar estas medidas adecuando al carácter administrativo.

En nuestro país como menciona uno de los entrevistados el proceso de servidumbre minera es largo porque en el caso de que una servidumbre no tenga oposición se da de forma rápida pero como no siempre es así la negativa continua y puede llegar a agotar todas las instancias legales

llegando incluso a la vía constitucional y esto puede llegar a tardar desde meses hasta años y en estos casos se retrasa de gran manera la actividad minera.

A la octava pregunta: ¿Qué sugerencia daría usted frente al problema planteado?

Respuestas:

Primer entrevistado: Que se dé la posibilidad de entregar una caución una garantía, una póliza, a favor del estado, hasta que se entregue la servidumbre, un cheque certificado, una garantía, esa sería la solución.

Segundo entrevistado: Que se manejen las cosas con seriedad apegados a la ley y sin causar perjuicio a la comunidad porque el daño al medio ambiente muchas de las veces es irremediable entonces siempre que se haga una minería responsable como dice la Constitución como dice la ley, entonces creo de que si se aplica así las cosas irían bien y si no se la aplica en forma responsable en forma en que determine la ley entonces ira mal.

Tercer entrevistado: Aquí debería trabajarse sobre la prioridad que del estado debe darle al dueño de la tierra para evitar los conflictos sociales, al momento dado que dé prioridad se podría evitar esos conflictos sociales que hay entre el concesionario y el dueño de la tierra, esa es una solución que debería darse a la Ley de Minería, no llena ningún valor económico, no satisface al daño de la tierra, por el tema de que, imagínese usted dueña de una tierra que vayan y entren, salgan , volquetas, retroexcavadoras, y no se contemple la parte ambiental, no se cuide la contaminación, por más servidumbre que exista, y que vayan personas ajenas a un terreno que es mío que yo lo compre que es de mi propiedad.

Cuarto entrevistado: Yo pienso que hay que reformular un poquito la ley minera en el sentido de que las concesiones deben estar enmarcadas dentro del marco de la protección del medio ambiente, un estudio técnico que permita que se pueda efectivizar los derechos de protección a la naturaleza que no solamente significa el hecho de que concesionar me va a generar dinero ahí, solamente contribución económica, sino protección que se da intangiblemente las zonas que han sido, en donde reposan los yacimientos, que me genere beneficio social pero que también genere la protección del ambiente.

Quinto entrevistado: Sería una reforma a la ley de Minería en cuanto a que se establezca como causal de nulidad la falta de consulta previa y responsable a los pueblos y nacionalidades,

ese debería ser un requisito esencial de validez y si no se lo observa se podría dar la nulidad de la concesión.

Sexto entrevistado: Primeramente yo pienso que en la ley minera se debería evaluar el tema de que la concesión minera es un derecho real ya que es un bien inmueble, está a favor de las empresas mineras como segundo punto en cuanto a la comunicación con las comunidades pienso que esto es fundamental en los proyectos mineros, que desde un inicio se llegue con respeto y sobre todo con el dialogo y también abierto a las diferentes posibilidades que se pueden dar durante el proyecto minero y finalmente sobre las falencias de la ley minera como mencione anteriormente, existen leyes y existen estatutos que rigen un proceso minero pero tal vez falta un poquito de énfasis en hacer cumplir estas leyes es decir en que las empresas cumplan.

Séptimo entrevistado: El tema minero en Ecuador es un tema que definitivamente en algún momento aparentemente se sale de las manos del control del Estado, sobre todo por la falta de formalidad, que al no permitir la minería legal, lamentablemente vemos que la minería cae en manos de la minería ilegal, y eso es mucho más grave, la minería ilegal daña el ambiente, no contribuye al Estado no paga patentes, no paga regalías, no paga impuestos, no paga el seguro social a sus trabajadores porque la minería ilegal carece absolutamente de toda norma técnica de toda norma legal y obviamente es un robo al estado, por lo tanto cualquier forma de legalizar la minería en el Ecuador estaría bien, la Ley de Minería actual tiene muchísimos impedimentos, tiene muchísimas trabas y realmente es la que incentiva y motiva a la minería ilegal debería pensarse en una reforma urgente a la ley pero una reforma que facilite realizar una actividad minera técnica, controlada responsable socialmente, y ambientalmente.

Octavo entrevistado: Mi recomendación sería modificar la Ley de Minería, y cambiar el título de derecho personal a real en primer lugar, en segundo dar facilidad a los concesionarios para que se ejecuten las servidumbres, tomar en cuenta la importancia de la ejecución de la minería legal en nuestro país, lo dañino que es para el ambiente la minería ilegal que cada vez crece más a la par que la minería legal va decayendo, y sobre la consulta mi criterio es claro la consulta es obligatoria pero el estado decide no las comunidades, todos debemos respetar lo que dice nuestra Constitución, propongo medios de dialogo en ese punto, diálogo y entendimiento.

Noveno entrevistado: Yo considero que es importante disminuir tramites eso ante todo, retirar tramites que se repiten, papeleos innecesarios, tiempos de espera, esto es molesto solo de

escuchar y lastimosamente las mineras deben cumplir con todo esto quieran o no, entonces esto para mí es un gran problema, y con los indígenas es la falta de dialogo, y el no seguir las normas para la consulta, eso como lo más importante.

Decimo entrevistado: Agilizar el tema de las servidumbres, dar facilidades, esto no quiere decir que se va a perjudicar al dueño del predio, se debe garantizar un pago adecuado, ver por su seguridad que sea reubicado en un lugar de igual a mejores condiciones, velar por el bienestar de esta persona, a lo que me refiero con agilizar es dar paso a la servidumbre y garantizar al dueño del terreno, para que así las dos partes salgan bien y no se perjudique a nadie.

Comentario de la Autora: concuerdo con lo que expresan la mayoría de los entrevistados de que debería cambiarse el título del derecho minero de personal a real, porque como claramente lo dictamina nuestro código civil y también tomando como guía las legislaciones de los países estudiados claramente es un derecho real, y esa falencia desmerece nuestra actual Ley de Minería, ahora bien los entrevistados también tienen un interés muy alto en el cuidado del medio ambiente, si bien es cierto los daños que se le hace a la naturaleza tienen efectos jurídicos, es importante tener en cuenta que dentro de lo que es la minería legal existe un control amplio desde de la solicitud de estudios y el seguimiento a los acuerdos a los que se llega con respecto al cuidado del ambiente, entonces se puede tomar estas sugerencias más bien al hecho de aplicar todas estos requisitos, mandatos y exigencias de la mejor manera, es decir tener controles estrictos, por parte de la entidad competente para que no se vulnere a la naturaleza.

No concuerdo con la opinión del tercer entrevistado de que se le debería dar prioridad al dueño de la tierra en caso de controversia, no lo considero adecuado porque nuestra Ley de Minería es clara y todo predio superficial está sujeto a servidumbres y no significa que con esto se viola su derecho a la propiedad del terreno todo lo contrario, se le da una indemnización que cubre el valor por la ocupación de su terreno, se llega a acuerdos y es importante tener claro que la propiedad del predio sigue siendo de la persona, y se le devolverá al momento que termine la concesión.

Otro punto importante que mencionan los entrevistados es el hecho de que ya hace algún tiempo no se ha estado dando paso a nuevas concesiones mineras, esto es muy grave porque esto da paso a que aumenten los casos de minería ilegal y como se menciona por parte del séptimo entrevistado esta minería ilegal es un robo a todos los ecuatorianos por el hecho de que no pagan regalías e incluso no pagan el seguro social a sus trabajadores, y esto porque no tienen ningún tipo

de control, es por esto que el motivo principal de esta investigación es de vital importancia y es el hecho de dar facilidad a los concesionarios mineros formales de realizar sus actividades con normalidad, brindarles seguridad.

Para que se realice una actividad minera técnica, responsable con el ambiente y con la sociedad, debemos entender que el ejercicio de la minería es necesario, nuestro país en proyectos mineros recibe regalías muy altas que van en beneficio de todos los ecuatorianos y de manera preferente de la población donde se encuentran asentados estos proyectos, la minería beneficia al país y por el mismo hecho de poner tantos obstáculos a los proyectos de minería a gran escala es que los inversionistas extranjeros no están interesados a invertir en nuestro país, la minería ilegal, nos perjudica y es por eso que considero urgente tratar de legalizar la minería en el Ecuador.

6.3 Estudio de casos

Caso número uno

1) Datos referenciales :

Título: Revista Minergía, Minería y Energía Ecuador

Autor: C. Z.

Tema: Recursos Naturales, Energía e Infraestructura.

Título: Derecho Minero Real o Derecho Minero Personal: Más allá que una discusión jurídica.

Fecha: 11-Julio-2017

2) Antecedentes:

La presente noticia habla de una reunión que se realizó en Quito la llamada bienal del “Special Institute on International Mining and Oil & Gas law, Development, and Investment”

De la Rocky Mountain Mineral Law Foudation, esta fundación dedicada a la investigación de derecho de recursos naturales en general, así también de la minería particular, en esta bienal se realizaron presentaciones de varios profesionales del derecho, el autor menciona que los más destacados fueron los abogados especialistas R.C.J. y C. V., que hablaron sobre los tipos de contratos que se una en jurisdicciones basadas en el common law y sus problemas para ser adaptados

Lo más discutido es concepto de propiedad, el autor da de manera general dos conceptos antes de iniciar con su comentario nos dice que en nuestra legislación hay dos tipos de derecho el real que se vincula a personas con las cosas y los personales que vinculan a las personas con personas, menciona que el Art. 595 de nuestro Código Civil y el 696 que expresa más claramente estos conceptos, a los derechos reales les da el dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbres, prenda e hipoteca ya los derechos personales, las obligaciones y contratos, el autor continua mencionando que los expositores que en su opinión resaltaron esclarecen con una explicación muy clara los problemas que atrae la calificación del derecho minero como un derecho de carácter personal

El problema está en que el borrador que en un inicio se discutió en la Asamblea Nacional estaba contenido el derecho minero como un derecho real, pero en el último momento esto cambio y se modificó la naturaleza de este derecho y se lo cambio a personal, estos expositores dieron a

este como el inicio de muchas contradicciones y también inconsistencias, el autor de la noticia es claro en decir que no va a profundizar en todos los problemas que esto acarrea pero que va a mencionar los más importantes, comienza hablando del Artículo 30 de la Ley de Minería, donde se califica como accesorio a la concesión minera a instalaciones, construcciones y resto de objetos que se pueden afectar con la exploración, explotación, y correspondiente beneficio, aquí recalca que la accesión es un medio para adquirir el dominio de una cosa y por ende es un derecho real mas no personal

El autor dice que no pueden existir bienes accesorios al derecho personal de la concesión minera, la concesión minera como derecho personal, es sujeta a debate de que realmente sea este un título suficiente para que el concesionario minero llegue a ser el “propietario” de los minerales que se obtiene de su concesión, esto sería un derecho real, continuando con su análisis el autor menciona, que en la Ley de Minería se dan dos tipos de contratos el de explotación y el de prestación de servicios todo esto consagrado en el Artículo 39, pero recalca que dado el título de derecho personal solo es posible ejecutar el de prestación de servicios, por lo que el estado se mantiene como propietario absoluto del yacimiento y el minero con la autorización personal que se le da, más bien debería recibir un pago por estos servicios que se brinda al estado, por ende la propiedad de las sustancias extraídas siguen siendo del estado por lo que la concesión no es un derecho real.

El autor de la noticia menciona que en el caso de la minería ilegal el estado al ser el propietario de la mina es el que debería mantener el área libre de perturbación por ende el estado es el que debe responder por denuncias y otras acciones no el concesionario minero, quien al tener un derecho personal esta autorización solo le permite desarrollar actividades mineras dentro del área, sin ser el dueño, en la noticia se menciona que el derecho real es absoluto y puede oponerse a otros, a diferencia del derecho personal que es de carácter relativo y solo puede oponerse a la persona obligada, aquí el autor da un ejemplo y dice que el dueño del derecho real puede exigir a cualquier persona que no se le afecte en el ejercicio de sus actividades, y si esto se da se puede intentar un acción real, en cuanto la acción personal es solamente dirigida contra el deudor, esto como un dato curioso ya que en caso de alguna afectación dada por particulares en la concesión, el minero debería reclamar al estado no a los perturbadores, en el caso de los contratos a terceros el

único que podría celebrar contratos con terceros para operación o arrendamiento sería el estado al ser el dueño de la mina no el concesionario.

El autor respecto a las prendas se realiza una pregunta ¿Será posible preñar derechos personales? Porque las prendas son un gravamen sobre cosas, y de acuerdo a la ley no sería posible preñar a la concesión minera porque es un derecho personal, en este punto el autor tiene presente que el objeto del derecho real son las cosas, y del personal, los actos humanos ya sea para dar o hacer algo, nuestra legislación minera se ajusta a estas falencias y hasta el momento esto ha pasado desapercibido menciona el autor, nos da un ejemplo en el caso de la estructuración de garantías se ha modificado la legislación secundaria para superar limitantes propias del derecho personal, pero a fin de cuentas estos esfuerzos serían inútiles porque en fondo la inconsistencia legal continúa.

El Autor concluye la noticia diciendo que los verdaderos efectos de estas contradicciones aparecerán en el futuro, en operaciones de financiamiento de estos proyectos, y también potenciales controversias que se pudieran dar entre el estado y los inversionistas, que se llagarían a ventilar en tribunales internacionales, se finaliza diciendo que sin una reforma legal que modifique la naturaleza del derecho minero a un derecho real, cualquier medio para modificar las leyes secundarias serán solamente parches y que al final los más perjudicados serán los inversionistas.

Comentario de la Autora: Como lo he mencionado a lo largo de esta investigación, el error que existe al considerar el derecho minero como un derecho personal y no real, concuerda con el autor Z. en decir que nuestro código civil es claro con respecto a estas definiciones de los tipos de derecho, también en que muchas de las características de derecho que se le dan a la concesión minera pertenecen a los derechos reales, es importante mencionar que es cierto lo que menciona el autor. Que las leyes secundarias se las ha venido adaptando para remediar precisamente las limitantes que le da el hecho de considerarse personal, pero en el fondo de la norma sigue existiendo la contradicción, en el momento en el que el concesionario pretenda reclamar sus derechos que en este caso serían reales, va a verse en desventaja porque desde un principio se le da el título de personal, concuerdo en decir que la solución sería devolverle a la concesión minera el título de real como siempre lo fue en la Ley de Minería previa a la vigente.

Caso numero dos

1) Datos referenciales

Caso 12.465

Acción: Violación al derecho a la libertad, integridad, libertad personal, a la cultura, ausencia de consulta previa y acceso a la justicia.

Actor: Pueblo Indígena Kichwa

Demandado: Ecuador

Juzgado: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fecha: 27 de Junio de 2012

2) Antecedentes

Este caso se trata de la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los derechos a la consulta, y comunidad, 26 de Abril de 2010 La Comisión presento al Tribunal la demanda del pueblo Sarayaku en contra de Ecuador, ya desde el 6 de julio de 2004 por solicitud de la comisión mencionada, el tribunal dicto medidas provisionales de protección a favor del pueblo Sarayaku, para entrar en contexto respecto a este tema el pueblo Sarayaku está en la región amazónica en un área de bosque tropical en Pastaza, asentados en diferentes puntos y en riberas del rio Bonanza se compone de 1200 habitantes su medio de subsistencia es la agricultura familiar, caza, pesca, recolección de alimento en sus territorios basados en sus tradiciones ancestrales, en el año 2004 se realizó el registro del estatuto del Pueblo Kichwa.

Ahora bien en 1996 fue suscrito el contrato de explotación de hidrocarburos y explotación de petróleo, entre la empresa Estatal de Petróleos de Ecuador y la Compañía General de Combustibles S.A. Argentina San Jorge S.A. dentro de la superficie que se les otorgo estaba asentadas varias comunidades y pueblos indígenas entre ellos el pueblo Sarayaku, en numerosas ocasiones la petrolera había intentado entrar a estos territorios pero no les había sido posible a pesar de que intentaron conseguir el consentimiento, en el año 2002 la Asociación Sarayaku había mandado una comunicación dirigida al Ministerio de Energía y minas en que manifestó su oposición a que la petrolera ingrese en su territorio ancestral, a raíz de que se activó la fase exploración sísmica en noviembre de ese mismo año y ante el ingreso de la petrolera a su territorio es que la comunidad dio una pausa a sus actividades económicas, escolares y administrativas, y esto con el fin de proteger los límites de su territorio para impedir el ingreso de la petrolera.

En total seis linderos en su territorio, la petrolera abrió trochas sísmicas, siete helipuertos, destruyó algunas cuevas, así mismo fuentes de agua, y ríos subterráneos, estos ríos eran usados para consumo de agua de la comunidad, también se talaron árboles y se perdió gran variedad de plantas que eran de sumo valor medioambiental, cultural y que servían de alimento para el pueblo Sarayaku, en febrero de 2003 y diciembre de 2004 se denunció amenazas de parte de la petrolera a los líderes, abogados y miembros de la comunidad Sarayaku, en el año 2010 PETROECUADOR firmó con la empresa Argentina un acta de terminación de contrato de participación para la exploración y respectiva explotación del petróleo, al pueblo no se le informó de los términos en los que quedó de acuerdo el estado con la empresa petrolera.

3) Resolución

La Corte Interamericana de Derechos humanos dispuso que, el Estado ecuatoriano debe retirar la petrolera en superficie y entrada al territorio del pueblo Sarayaku, esto con base en un proceso de consulta al pueblo Sarayaku, así también el estado debe consultar de manera previa, adecuada, y efectiva al pueblo Sarayaku de conformidad con los estándares internacionales que se pudieran aplicar a la materia, y en el caso de que se quisiera realizar otro tipo de actividad o proceso de extracción de recursos en este territorio, así como también un plan de inversión, que pudieran generar afectaciones de cualquier tipo a su territorio.

La sentencia también nos dice que el Estado debe asegurarse sea por medio legislativos, administrativos y los que sean necesarios de hacer efectiva la consulta previa a los pueblos y nacionalidades indígenas en un plazo razonable y así también modificar aquellas que impidan el libre y pleno ejercicio de esta consulta, y para esto se debe garantizar la participación de la comunidad, el Estado debe implementar dentro de un plazo que sea razonable programas obligatorios que contemplen guías sobre estándares nacionales e internacionales en lo que refiere a derechos humanos y de los pueblos y nacionalidades indígenas, esto irá dirigido a funcionarios judiciales, policiales y militares incluyendo a todos aquellos que entren en relación directa con los pueblos indígenas

Así mismo el Estado debe hacer un acto público en el que se reconozca responsabilidad sobre este caso en particular, así mismo pagar las cantidades que se fijan por concepto de indemnización por los daños que causaron a estos territorios tanto daños materiales como inmateriales así también por reintegro de costas y gastos, y la reintegración al fondo de Asistencia

Legal de Víctimas, el Estado tuvo un plazo de un año contado desde que se dio la sentencia para rendir a la Corte un informe de las medidas que se adoptó para cumplir con la misma, y la corte a su vez verificara el cumplimiento de manera íntegra de la sentencia que se dio en ejercicio de sus atribuciones para dar así por finalizado el presente caso.

Comentario de la Autora:

El caso Sarayaku ha sido uno de los más comentados en el país, por lo que toca temas delicados como lo es los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y en lo que concierne a este proyecto de investigación la consulta previa que se exige para el inicio de cualquier actividad de extracción que ponga en riesgo el modo de vida de estos pobladores, esta sentencia es importante porque da nuevos lineamientos para que realizar de mejor manera los procesos de consulta previa, así mismo la implementación de estos lineamientos debe estar guiado en base a los estándares internacionales de Derechos humanos, también es importante mencionar que en este caso no se realizó la consulta y es por esto que la sentencia salió en contra del estado, porque en nuestro país esta consulta es obligatoria y no se la puede omitir, bajo ninguna circunstancia.

Caso numero 3

1) Datos referenciales

Juicio N°. 02331-2019-00628

Acción: Recurso de casación

Actor: C. Ch. M. I.

Demandado: R. B. A. B. y B. A. J. L.

Juzgado: Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Guaranda

Fecha: 24 de febrero de 2021.

3) Antecedentes

La decisión que se impugna en este caso es la que se dictó por el tribunal de la sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar por la causa de servidumbre, el proceso que la sala mencionada, pudo conocer en virtud del recurso interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia que se dictó por el juez de la Unidad Judicial Civil con sede en Guaranda , misma que se dictó el 30 de enero de 2020, luego de esto la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, decidió aceptar de manera parcial el recurso de apelación y reformar la sentencia subida en grado, instaurando de esta manera la servidumbre en favor de María Diocelina Taris Tamaris, y rechazo el recurso de apelación que interpusieron los actores, cuando se notificó esta sentencia en cuestión y la correspondiente negativa a la petición de aclaración de esta, la parte demandada, dedujo el recurso de casación, de esta manera convirtiéndose en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio de casación.

El juez admite el recurso de casación por el caso número tres del artículo 268 del COGEP, se declara la validez procesal por la obligación de asegurar el debido proceso, la alegación se concreta en el hecho de que el lote donde se fija la servidumbre estaría fuera del objeto del litigio, por falta de colinde con los predios de la demandante, que es uno de esos lotes el que apenas colindaría en pocos metros, del mismo modo la demandante tampoco tendría inscritos esos lotes, tampoco escrituras a su nombre por lo que incurriría en extra petita, el problema es cómo se comporta el principio dispositivo en la congruencia del fallo. Es importante mencionar que el proceso de negativa de la servidumbre comenzó en la fecha de 05 de julio de julio de 2019 y finalizó en julio de 2022, es decir este proceso duro alrededor de 3 años en total.

4) Resolución

Ejerciendo la facultad casacional, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, deciden rechazar el recurso de casación planteado por J. B. y A. R., sobre la sentencia que dictó el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Bolívar, misma que se dictó el 12 de agosto de 2019, del mismo modo se resolvió devolver los expedientes de instancia para ejecutar la sentencia, con razón de ejecutar la resolución, y demás requisitos para fines de Ley.

5) Comentario de la autora

Con respecto a este recurso de casación que incorporo en los estudios de casos, puedo decir que es importante tener conocimiento que las demandas por instauración de servidumbres y negativas a las mismas, pueden llegar a instancias muy altas, en este caso en particular aunque se respetó la sentencia dada en primera instancia, igual se debió continuar con todos los recursos a los que se puede acudir, sobre todo esto toma tiempo, años en algunas ocasiones, tiempo que puede ser perjudicial para el concesionario a razón de que para la ejecución de sus respectivas faces mineras tienen plazos establecidos que deben cumplir y en el caso de que la negativa minera llegue a instancias constitucionales, las actividades mineras se verán paralizadas durante este tiempo, o incluso se puede llegar a perder la concesión por precisamente no cumplir con los tiempos establecidos, hasta que se pueda resolver el conflicto que existe entre las partes, es por esto que considero importante tomar medidas para agilizar estos trámites en la práctica minera, siguiendo parámetros de otros países que tienen soluciones claras para este inconveniente.

6.3 Análisis Datos estadísticos

Para el desarrollo de este subtema, procedi a indagar para de esta manera obtener informacion actualizada, y oportuna por medio de datos estadisticos acerca de los beneficios que dejan las minas en produccion a gran escala a la economia y desarrollo del pais, para lo cual procedere a realizar el respectivo analisis e interpretacion :

6.3.1 Mina Fruta del Norte

6.3.1.1 Proyección de beneficios para el país Mina Fruta del Norte

Figura 8

Proyección de beneficios de Mina Fruta del Norte 2016 a 2034

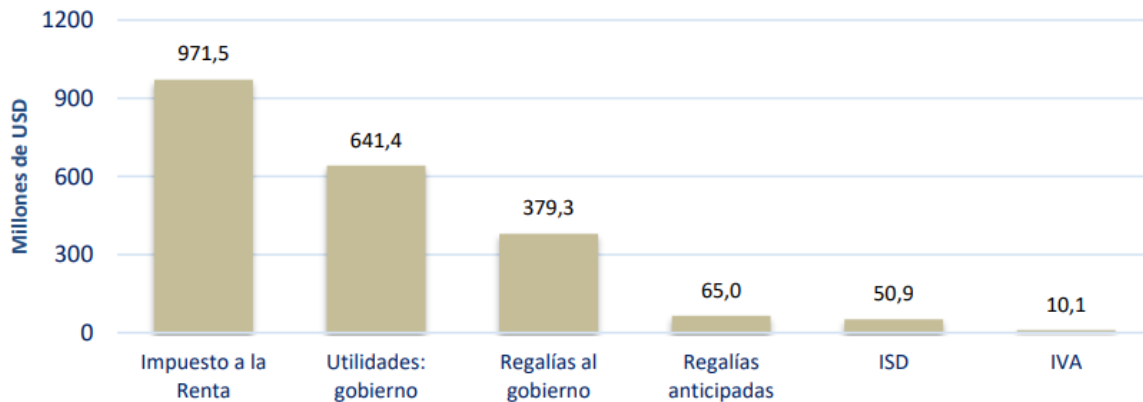


Figura 8

Fuente: Dirección de Minería Industrial en Etapa de Explotación del Ministerio de Energía y Minas.

Autor: Banco Central del Ecuador

Interpretación y análisis de la Autora:

Los beneficios esperados para el país por parte de la mina según el boletín del sector minero es de 2.118,10 millones desde diciembre 2016 a el año 2034, lo que se muestra en el grafico en orden de distribución.

El pago de los impuestos por concepto de declaración por parte de la minera desde el 2003 hasta el primer trimestre del año 2022 llego a cifras de 274,48 millones de dólares, de los cuales se cancela por impuesto la cantidad de 198,77 millones de dólares, cifras dadas por el Banco Central de Ecuador, ahora bien como regalías anticipadas están 65,00 millones, y regalías pagadas 36,39 millones, sobre el impuesto al valor agregado 40,03 millones de dólares y las respectivas utilidades

para el estado de 23,33 millones, el impuesto a la renta que representa 34.00 millones, en total el valor de impuestos indirectos que pago la mina es de 75,71 millones, todo esto como contribución de la Superintendencia de Compañías, estos fondos son dirigidos a el fondo de desarrollo para la infancia, impuestos municipales, patentes municipales y de conservación.

En el periodo de enero a marzo del 2022 la mina Fruta del Norte pago impuestos por el valor de 22,61 millones, por otro lado de lo que refiere al material comercializado procedente de la explotación de la mina el valor total de la facturación referencial hecho por la Agencia de Regulación y Control de Energía y Recursos Naturales No Renovables entre diciembre 2019 y marzo 2022, es de 1.229,69 millones de dólares

6.3.2 Mina Mirador

6.3.2.1 Proyección de beneficios para el país Mina Mirador

Figura 9

Proyección de exportaciones 2012 – 2051 Mina Mirador

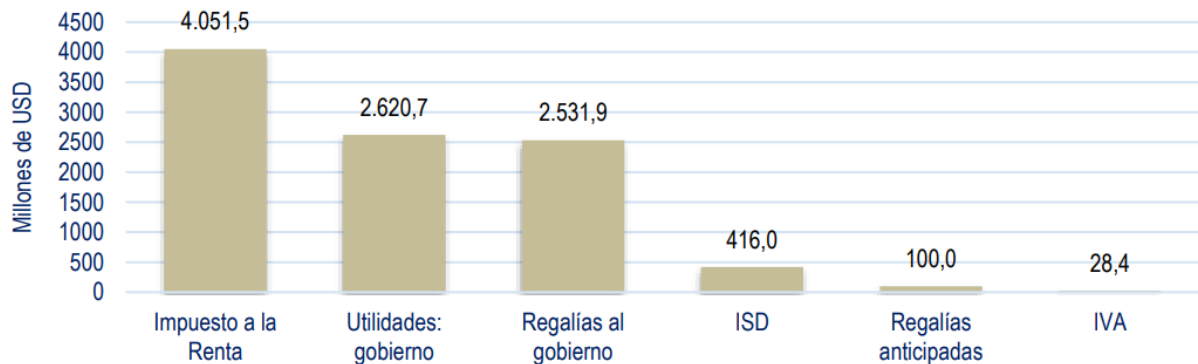


Figura 9

Fuente: Dirección de Minería Industrial en Etapa de Explotación del Ministerio de Energía y Minas.

Autor: Banco Central del Ecuador

Interpretación y análisis de la Autora:

La Proyección de beneficios para nuestro país por parte de esta mina desde el año 2012 al 2051 alcanzaría los 9.748,44 millones de dólares, siendo esta proyección realizada por la Dirección de Información y transparencia de las Actividades Mineras, detallando más esto el pago de impuestos por parte de esta empresa desde el 2010 hasta finalizar los primero tres meses sumo alrededor de una cantidad de 379,37 millones de dólares de los cuales, por impuestos directos se

cancelan 292 millones en esta cantidad va el IVA que es de 125,85 millones, y por concepto de regalías anticipadas 100,00 millones, las regalías pagadas corresponden a 18,9 millones y de impuesto a la renta la cantidad de 0,86 millones de dólares, adicional a esto las utilidades de la minera serian de 1,11 millones.

Y a lo que refiere impuestos indirectos 87,36 millones, en regalías anticipadas lo que vendrían a ser impuestos indirectos el pago desde el 2012 al 2019 llegan a 100 millones, solo en el primer trimestre del 2022 los impuestos pagados por la mina es de 48,47 millones, las proyecciones son positivas y nos muestran lo importante de la minería legal y su aporte económico para el desarrollo del país.

La producción minera de Mirador apoyaría el desarrollo económico del país a largo plazo, así pues lo corroboran las estadísticas que lanza el Banco Central del Ecuador en sus informes sobre los ingresos que le da la mina a las arcas estatales, si bien es cierto en nuestro país solo existen dos minas en producción que es la mina Mirador y la Mina Fruta del Norte, es importante conocer estas cifras, que incrementan la solvencia económica del país y así mismo darnos cuenta de los beneficios que trae para el estado la minería legalmente establecida, también es importante mencionar que la Mina Mirador se encuentra en constante control de las autoridades estatales por lo que los pagos de impuestos son acordes a la cantidad que les corresponde entregar, cuando la mina tiene afectación ya sea por los problemas con los ciudadanos, o por temas de minería ilegal el país también siente esta pérdida porque si hay pérdida de producción para la mina también las regalías para el estado bajan.

6.3.3 Exportaciones mineras hasta octubre de 2022.

6.3.3.1 Exportaciones mineras Mina Fruta del Norte, Mina Mirador, Pequeña minería.

Figura 10

Exportaciones Mineras

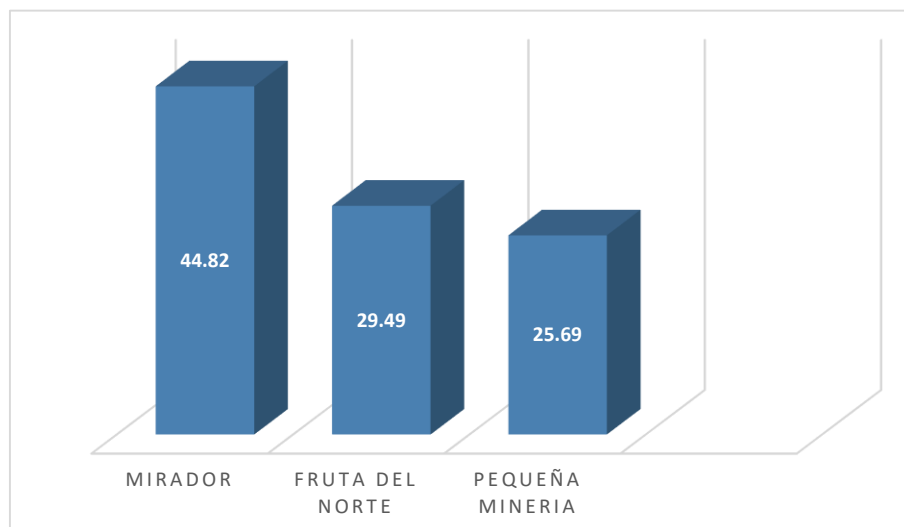


Figura 10

Autora: Brigette Thalía Cordero Benavides

Fuente: Viceministerio de Minas

Interpretación y análisis de la autora:

En base a los datos arrojados por el Banco Central del Ecuador, has el mes de octubre de 2022, nuestro país recaudo un valor de 2.310,48 millones de dólares que son concepto de exportación de los productos resultantes de la minería, tomando en cuenta estos datos podemos darnos cuenta que se incrementó un 42,24 % más de que se exporto el año 2021 en este mismo periodo, la cifra mencionada representa el 86% de la meta que se propuso para el año 2022, la cual fue fijada en 2,673 millones, para continuar hablando de la importancia de la minería legal en el Ecuador es importante mencionar que la industria minera corresponde al cuarto sector de exportación del país, así mismo el tercero en exportaciones no petroleras, y corresponde al primero en exportaciones no tradicionales, según los datos, China, constituye el principal destino de los productos que nuestro país exporta en tema de minería, con un 51,47% a este mercado le sigue el de Estados Unidos con un porcentaje de 10,56% y por último con el 10,35% esta Suiza

Ahora bien explicando más claramente el gráfico expuesto del total que se exporta en minerales el 44,82% que en cifras económicas es 1.035,50 millones de dólares son provenientes de la Mina Mirador, así mismo el 29,49% que corresponde a 681,40 millones de dólares proviene de la Mina Fruta del Norte, así también el 25,69% que resta proviene de las exportaciones y producción de la pequeña minería, y esto equivale a 593,58 millones de dólares, siendo así, podemos darnos cuenta que a pesar de ser solo dos minas a gran escala las que están en producción en nuestro país estas generan grandes cantidades de dinero que contribuyen a la Economía del Ecuador.

Es importante analizar cuanto beneficio tendría el apoyar la inversión minera y dar paso a la minería legal, el sector de minería es clave y prioritario para la economía ecuatoriana, por el mismo hecho de ser un sector estratégico, hay que aprovechar el sector mineralógico de nuestro país tomando en cuenta los altos estándares en el aspecto técnico propio de la minería industrial en beneficio de las comunidades, mencionar que el ministerio de energía y minas dijo que según datos del Banco Central del Ecuador hasta el tercer trimestre de 2022 se generaron en un promedio de más de 185 mil empleos en el área de minería en producción estos empleos entre directos e indirectos, de esta manera se beneficia aproximadamente a 722 mil personas a nivel nacional.

Para continuar con el punto once, la minería constituye una de las exportaciones no petroleras más importantes del país, y el contribuir a su crecimiento beneficia a todos, él y tratar de legalizar la minería en nuestro país es importante de esta manera estaríamos enfrentando la minería ilegal que causa pérdidas, la minería genera empleo, principalmente en las zonas rurales y pobres del país, es uno de los principales motores para impulsar el crecimiento sólido y sustentable del país, solo en el año 2021 según los datos arrojados por el Banco Central del Ecuador se recogieron más de 800 millones de dólares a razón de impuestos provenientes de la mediana y gran minería, así mismo los datos arrojan que en proyectos segunda generación, pequeños y artesanales se cuenta con más 30.000 puestos de trabajo que generan empleos directos e indirectos.

Ecuador es el país con menos exploración minera en la región, solamente el 10% del país se encuentra explorado en este aspecto, esto en base a los estudios realizados por el Ministerio de Energía y Minas en 2021, nuestro país es parte de la Cordillera de los Andes y es por esto que forma parte de las áreas geológicas, mineralógicas que poseen un muy alto potencial minero, en Ecuador tenemos al menos cinco proyectos que son perfilados como descubrimientos de clase

mundial, por mencionar uno de ellos está el proyecto Cascabel, que a nivel mundial se considera como uno de los más grandes descubrimientos de cobre de la última década, el cual se espera que para fecha de 2028 entre ya en operación.

En nuestro país se cuenta con cuatro proyectos en etapa de exploración inicial, los minerales como mencionan los datos del Banco Central del Ecuador fueron los bienes que en el primer trimestre de 2022 empujaron al crecimiento de las exportaciones consideradas no tradicionales en el Ecuador, así mismo en este mismo año con una inversión que bordea una cantidad de 568 millones de dólares constituyó el 48% de la inversión extranjera para el país, siendo la actividad económica que más capital extranjero atrajo, el alto potencial que tenemos para la expansión minera en el país podría transformar de gran manera este sector si le damos la atención prioritaria que necesita, es un motor de crecimiento por la generación de empleos que según las proyecciones esperadas para el año 2027 el sector minero generaría más de 500.00 plazas de empleos entre directas e indirectas estas proyecciones las da el Banco Central del Ecuador en su informe minero anual.

7. Discusión

7.1 Verificación de objetivos

En el presente subtema, se analizaran y sintetizaran los objetivos planteados con anterioridad, incluidos en el proyecto de Integración Curricular legalmente aprobado, donde se propuso un objetivo general y tres objetivos específicos que a continuación se va a verificar:

7.1.1 Verificación del Objetivo General

El objetivo general constante en el proyecto de Integración Curricular legalmente aprobado es el siguiente: **“Realizar un estudio doctrinario, jurídico, comparado, sobre las limitantes para el correcto desarrollo de las concesiones mineras en base a la Ley de Minería”**.

El presente objetivo general se logra verificar de la siguiente manera: El estudio jurídico que se realizó en el marco teórico, por medio del análisis y la interpretación de las normas jurídicas que se encuentran directamente contenidas en la Ley de Minería y que en la práctica se constituyen como limitantes en el momento del desarrollo de las concesiones mineras, del mismo modo se verifico el objetivo planteado con el derecho comparado, aquí se analizaron, interpretaron, las normas jurídicas extranjeras, tomando en cuenta los puntos de vista que se consideró como limitantes mineras en nuestro país, para de esta manera realizar un enfoque y establecer diferencias y semejanzas entre la Ley de Minería Ecuatoriana con las Leyes Mineras extranjeras

Se tomaron en cuenta las siguientes: Ley 1919 Código de Minería Argentino, la Ley 18248 Código de Minería Chileno, Ley 685 de 2001 Código de Minas Colombia, Ley general de Minería Peruana; Ley 29785 Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por último el estudio de campo se lo llevo a cabo por medio de técnicas de encuesta que se aplicaron a 30 profesionales del Derecho y la técnica de entrevista se la aplico a diez profesionales del Derecho especializados en materia minera, entre ellos dos especialistas en materia minera con PHD, Docentes de la Universidad Nacional de Loja, miembros de la Agencia de Regulación y Control Minero, Penalista con experiencia en temas mineros respecto al daño ambiental, Abogados en libre ejercicio con experiencia en solución de conflictos legales mineros.

7.1.2 Verificación de los Objetivos específicos.

- El primer Objetivo específico es el siguiente:

“Determinar la aplicación estricta a la norma que establece las atribuciones que brinda el Estado a la empresa minera privada al momento de otorgar una concesión”.

El objetivo que se menciona aquí se logra verificar primeramente con la segunda pregunta de la encuesta que se dirigió a los profesionales del derecho al preguntarles: La Ley ecuatoriana le da la calidad de derecho personal al título minero, lo cual contradice la naturaleza de la concesión minera, en la Legislación Argentina se dispone que las minas sean consideradas como inmuebles, así también las cosas destinadas a la actividad de explotación, ¿Considera usted que la calidad de derecho personal le priva al título minero de diversos tipos de acciones para su protección y el ser susceptible de gravámenes reales?.

Treinta de los profesionales contestaron que si porque al otorgarle al Derecho minero el título de derecho personal no es lógico que se brinde atribuciones de derecho real y mas aunque estas atribuciones se apliquen de manera estricta y esto ¿Por qué? Porque estamos contradiciendo la naturaleza de derecho personal otorgado, para ir aclarando más el tema la Ley de Minería Ecuatoriana en su Artículo 31 nos dice que el título minero **sin perder su carácter de personal** le da al concesionario el derecho a prospectar, explorar, y explotar, también el Artículo 30 de la mencionada ley dice que sobre las minas se podrán establecer prendas, y así debería ser si seguimos la aplicación estricta de esta ley, pero se pueden realmente establecer prendas sobre un derecho personal, la definición jurídica de garantía real prendaria.

Claramente contradice de gran manera la naturaleza personal de los derechos mineros, también el hecho de que el concesionario pueda hacer contratos con terceros la Ley de Minería así lo permite es verdad pero si el estado es el dueño de la mina y el concesionario solo posee el título personal realmente podría realizar estos contratos, estos deberían ser realizados por el dueño que es el estado, se le otorga al concesionario la posibilidad de instaurar servidumbres activas, incluso existe normativa como es el instructivo para la legalización de servidumbres, todo esto suena bien, y nos apegamos a estos trámites tal y como lo dice la ley, pero si tenemos en cuenta nuevamente la naturaleza de derecho personal del derecho minero ¿Se puede solicitar servidumbres?.

El código civil es claro las servidumbres son accesorias a los derechos reales, incluso la prenda que mencionaba con anterioridad, así también el uso y habitación, son características de los derechos reales, hasta ahora todo esto se ha venido desarrollando apegado estrictamente a lo que la ley permite, pero esto es solo superficial, al final del día siguen siendo contradicciones grandes

y el hecho de que hayan estado pasando desapercibidas no quita que sea un problema, si analizamos por qué aún no han existido problemas graves por esto, es por el hecho de que en nuestro país solo existen dos mega minas en producción, entonces aun no podemos saber hasta dónde estas inconsistencias llevarían a los concesionarios y al estado en caso de conflicto, la ley se remienda a sí misma es cierto para cómo se menciona en el objetivo aplicar de manera “estricta” la norma, y hasta ahora estos remiendos no han servido pero ¿Hasta qué punto?, si el problema principal persiste, para continuar con la verificación de este objetivo específico esta la pregunta uno de la entrevista a diez profesionales del derecho que menciona:

Los Derechos reales recaen sobre bienes, y estos a su vez otorgan derechos de dominio como son el uso goce y libre disposición, mientras que los derechos personales se generan entre dos personas y se crean obligaciones recíprocas. ¿Considera Ud. que pueden existir bienes accesorios a un derecho personal como lo es la concesión minera? A lo que 8 de los 10 profesionales entrevistados contestaron que no, los derechos reales recaen sobre bienes reales como son las minas, y los derechos personales recaen sobre las personas, y aunque nos apeguemos a la aplicación estricta de lo que nos dice la Ley de Minería como se dijo anteriormente continuamos en el error, porque se podría decir que debemos aplicar estrictamente lo que dice nuestro Código Civil, sobre derechos reales y Personales, entonces en este dilema debemos preguntarnos cuál de las dos normas debemos aplicar de manera estricta, y la respuesta sería a la norma general que es el Código Civil, porque una norma secundaria no puede ir en contra de una general.

- El segundo objetivo específico es el siguiente:

“Establecer las falencias en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones y posibles modificaciones que orienten al mejoramiento de la industria”

Este objetivo se lo pudo verificar cuando se realiza un análisis al marco teórico con respecto a las definiciones de derecho personal y real contenido en el Código Civil Ecuatoriano haciendo una comparativa con nuestra Ley de Minería, para establecer las contradicciones que existen entre estas dos normas, de la misma manera se logra verificar con la pregunta número cuatro de la entrevista realizada a diez profesionales del derecho la cual menciona: ¿Qué falencias existen a su consideración en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones?, a esta interrogante los entrevistados manifestaron que existen falencias a esta Ley y que la principal es la de considerar al derecho minero como un derecho personal y no como un derecho real que es lo

que le correspondería al ser las minas bienes inmuebles, de esta manera se establece como falencia principal en la Ley de Minería el hecho de considerarse derecho personal

Así mismo el análisis de derecho comparado incorporado en el marco teórico correspondiente a las legislaciones de Argentina, Chile, Perú y Colombia nos ayuda a verificar este objetivo, ya que se realizó un análisis comparativo entre estas legislaciones con la de nuestro país, lo que dio como resultado que solo Ecuador considera al derecho minero como personal mientras que, los mencionados países lo consideran como un derecho real, y acorde a esto le otorgan las atribuciones correspondientes, así mismo, así mismo se toma en cuenta en el estudio de casos, específicamente el número uno, la opinión vertida en la Revista Minergia, en donde el autor Zumárraga da pautas claras sobre esta falencia en nuestra Ley lo que contribuye a la verificación de este objetivo, es importante tener claro que este cambio de denominación se dio desde la creación de la nueva Ley de Minería, datos que también se encuentran contenidos en el marco teórico de la presente investigación, ya que en la ley anterior a la vigente si se estaba considerando al derecho Minero como Real.

- El tercer objetivo específico es el siguiente:

“Efectuar un análisis con base en legislación comparada en referencia a doctrina en materia de régimen de concesiones, tomando en cuenta países con experiencia en la industria.”

Para poder verificar este tercer objetivo específico se tomara en cuenta el análisis comparativo entre la legislación ecuatoriana y la legislación Chilena Argentina Peruana y Colombiana, presente en el marco teórico de esta investigación, los puntos principales que destacan en la comparación son primeramente que las cuatro legislaciones comparten la consideración de la actividad minera como de utilidad pública para cada uno de sus respectivos países, así también concuerdan con el dominio absoluto que tiene el estado sobre los recursos naturales no renovables, con respecto a la división de propiedades que son la propiedad superficial y la propiedad del subsuelo estos países concuerdan en dividir estos tipos de propiedad, la superficial que puede ser perteneciente a particulares y la del subsuelo que pertenece al estado.

En Colombia sobre esto existe un punto a considerar que es el de que el concesionario tiene la capacidad de solicitar la propiedad del terreno superficial evidenciando los beneficios que tiene la actividad minera, en el concepto de tipo de derecho Ecuador es el único de los cinco países que

considera al derecho minero como derecho personal a diferencia de los otros cuatro países que lo consideran un derecho real, sobre el uso y goce los recursos como propietarios en Chile y Argentina se le brinda esta potestad a la empresa privada en el resto de países incluido el nuestro la mina sigue siendo propiedad del Estado, con respecto a la duración de la concesión minera en nuestro país la concesión tiene una duración de 25 años y se puede solicitar una prórroga por la misma cantidad de tiempo

Así mismo en Colombia, Perú y Chile tienen límites de tiempos, solo en Argentina el tiempo para la concesión es ilimitada, continuando con un punto importante y desarrollado en este proyecto está la Ley de Consulta Previa, de los países estudiados incluido el nuestro el único país que tiene esta ley es Perú que si tiene una Ley para consulta aprobada y en aplicación esta contiene las guías para el correcto desarrollo de la consulta, estas guías están basadas en lo que dice el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, este convenio es un convenio internacional que contiene lineamientos para la inclusión de las comunidades y etnias indígenas a este convenio están suscritos todos los países sujetos de estudio, por lo que en la mayoría la consulta previa es obligatoria sin necesidad de que exista una ley para esto.

El único país en la que la consulta previa no es obligatoria aunque si está suscrito al convenio 169 es en Chile, por lo que las concesiones en este país se dan por vía judicial, y esta no está contenida en las medidas obligatorias para la consulta que son las administrativas y legislativas, así también ya que se está hablando de Chile también existe otra diferencia con nuestro país y es el hecho de que en nuestro país existe un límite de tres concesiones por persona y en Chile no existe una limitante para esto, así como el hecho que ya se mencionó de que las concesiones mineras en Chile se dan por vía judicial y en Ecuador por vía administrativa, una similitud que existe entre todos los países mencionados es que al ser considerada la actividad minera como de utilidad pública, todos los predios quedan sujetos a las servidumbres que sean necesarias para desarrollar la actividad minera, ahora, el modo en el que se desarrollan estas servidumbres es distinta en cada país estudiado.

En Argentina por ejemplo se le da la potestad al concesionario minero de que solicite la venta del terreno del que quiere hacer uso para facilitar el desarrollo de sus actividades, cosa que no se puede hacer en Ecuador, en Colombia para el periodo de prospección se le da un beneficio al dueño del predio sin negarle el uso del terreno al dueño de la concesión, en este país el propietario

del terreno puede pedir a la autoridad competente se le de garantías que cubran el valor en caso de daños a su propiedad, así también en Perú en caso de negativa a las servidumbres mineras se le permite al concesionario tener acceso a estos terrenos siempre que demuestre que la actividad minera es de mayor beneficio al país de la actividad económica que se está desarrollando en dicho terreno, así también en Chile se da en la Cavar y Catar que en nuestro país se denomina periodo de prospección, servidumbres temporales de seis meses para realizar actividades y se exigen garantías para cubrir cualquier daño que se cause.

La concesión minera puede ceder o transferir y en nuestro país esto también es posible, sin embargo existen trámites para poder hacer esto, y dentro de estos trámites existen varias autoridades que deben dar esta autorización por lo que es difícil y tardado, en Colombia esto es más fácil solo se necesita que el minero notifique previamente a realizar la cesión o la transferencia y se da respuesta en un lapso de 45 días.

En Chile también es un proceso sencillo porque no se necesitan trámites administrativos más que los que se realiza entre particulares, ahora bien ingresando a tema de autorizaciones, para el desarrollo de las distintas fases de la actividad minera en nuestro país para pasar de fase a fase se requieren autorizaciones previas dadas por autoridad competente cosa que no pasa en Chile, Colombia y Perú donde el único documento habilitante para desarrollar las diferentes etapas mineras es el documento que se le da al concesionario minero en el momento que se le otorga la concesión, este es suficiente y le da al concesionario la libertad de desarrollar sus fases con tranquilidad, como por ejemplo una idea clara para entender este punto en la etapa de exploración inicial en nuestro país esta se divide en exploración inicial y avanzada y para poder hacer este cambio de fase se requiere un trámite administrativo que contiene requisitos a cumplir, entre ellos documentación que se debe sacar en entidades administrativas aparte de las mineras, por lo que es un trámite tardado.

A esto debemos agregarle que esta fase tiene un límite temporal que si no se cumple se puede dar por terminada la concesión, esto no pasa en Perú que para la fase de exploración inicial el mismo concesionario a discreción y con claro conocimiento de sus propias actividades da el paso a la siguiente fase sin requerir documentación o trámites administrativos, todos estos como los puntos más sobresalientes y explicados en el marco teórico de la presente investigación, es importante tener en cuenta que en nuestro país la minería esta en desarrollo, solo contamos con dos

proyectos mineros a gran escala en producción, y algunos aun en fases previas, sumémosle a esto las dificultades que estos proyectos tienen sobre todo con problemas comunitarios y con pueblos indígenas, que perturban el correcto desarrollo de las actividades mineras.

Ya sea por tema de servidumbres o por la consulta previa que se les realiza que estas personas tienen la confusión de que la consulta es una autorización y no es así, los malos que causan estas manifestaciones afectan a todos, porque la minería beneficia al estado es decir a todos los ecuatorianos no solamente a estas minorías, también se puede ver en este estudio comparativo que existen varios trámites administrativos que también retardan el ejercicio de la actividad minera, si bien es cierto en otros países se da más libertad a los concesionarios esto no quiere decir que el estado no mantiene un control exhaustivo de las minas, así también se debe tomar en cuenta que estas limitantes al momento que la inversión extranjera quiere entrar a nuestro país se constituye en un motivo para que desistan.

7.2 Fundamento doctrinario y jurídico para elaborar lineamientos propositivos

Para poder fundamentar los lineamientos propositivos de este proyecto de Integración Curricular, teniendo en cuenta que como principales limitaciones he considerado tres que son la errónea consideración del derecho minero como derecho personal cuando debería ser considerado como derecho real, como segunda limitación esta la conflictividad producto de los enfrentamientos entre las comunidades indígenas y el estado, por la creación de una consulta previa y como tercera limitante las servidumbres mineras y sus tiempos excesivos en caso de negativa que llegan a retrasar las actividades mineras de las empresas.

Para fundamentar el hecho de que el derecho minero no debe considerarse como personal, tomare en cuenta las opiniones vertidas por el especialista en derecho minero Cesar Zumárraga quien en sus artículos manifiesta los inconvenientes a futuro con las empresas mineras por el hecho de considerarse de carácter personal a la concesión, del mismo modo tomo en cuenta las Leyes de Minería Chilena, Peruana, Colombiana, y Argentina que consideran al derecho minero como real y consecuente con esto le otorgan sus atribuciones, del mismo modo para fundamentar la diferencia que existe entre los derechos personales y reales y sus definiciones tomo en cuenta el Código Civil Ecuatoriano que menciona de forma clara todos estos conceptos.

Con respecto a la conflictividad que existe por la creación de una Ley de Consulta Previa, tomo como fundamento, la Constitución Ecuatoriana en la cual se encuentra contenida la obligatoriedad de la consulta previa, así también el hecho de que el estado ecuatoriano es el único ente que toma la decisión sobre los proyectos extractivos, del mismo modo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, al cual nuestro país se encuentra suscrito y que refuerza el hecho de que la consulta previa es obligatoria, así también la Ley de Consulta Previa peruana, ley que se desarrolló basada en el convenio antes mencionado, del mismo modo la sentencia dada en el caso Sarayaku vs Ecuador, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos da las pautas que se deben seguir como guía para el correcto desarrollo de la consulta previa.

Para sustentar se tomo en cuenta entrevistas realizadas a líderes indígenas respecto a la Minería y el cómo existe un total rechazo a estas actividades, así mismo las noticias que surgieron luego de las protestas del año 2022 en las que las comunidades indígenas se manifestaron exigiendo la creación de una Ley de Consulta Previa,.

Para fundamentar el tercer punto considerado en el presente proyecto que es los trámites tardados en el caso de negativa a las servidumbres y la posibilidad de caducidad de la concesión, tome como guía lo que expresa la Constitución del Ecuador sobre la Minería como sector estratégico, así mismo la Ley de Minería ecuatoriana sobre la aplicación de las servidumbres en los predios particulares y los territorios con prohibición, del mismo modo el Instructivo para la Constitución de Servidumbres Mineras, donde se encuentran los trámites administrativos a seguir en caso de requerirse una servidumbre, de la misma manera tome en consideración el Código de Minas Colombiano, Chileno y la Ley de Minería Peruana en cuyas normas existen alternativas para brindar al concesionario las facilidades de ejercer sus actividades mientras se desarrolla el trámite de servidumbre.

7.3 Lineamientos Propositivos

En orden jerárquico en el marco teórico se inicia hablando de lo que nos dice la Constitución sobre los recursos naturales no renovables, que claramente en nuestra norma suprema se los declara como propiedad imprescriptible inembargable e inalienable del estado, así mismo es importante tener en cuenta que el Estado recibirá por los proyectos mineros la mayor parte del porcentaje económico proveniente de la explotación minera, así mismo la Constitución contempla que al ser la naturaleza titular de derechos la minería debe trabajar a la par de estos preceptos para que sus

actos tengan plena validez, partiendo de los preceptos legales contenidos en la Constitución del Ecuador se crea el Mandato Constituyente N° 6, que propone la creación de la Ley de Minería Vigente y su respectivo Reglamento General a la Ley de Minería

Una vez puntualizados estos antecedentes se hablara de la Ley de Minería en concreto al Artículo 30 que se refiere a las concesiones mineras y dice: *“La concesión minera es un acto administrativo que otorga un título minero, sobre el cual el titular tiene un derecho personal”* lo cual contradice al concepto de derecho real que le otorga nuestro código civil a las minas, así mismo la Ley de Minería le otorga al derecho personal minero, características propias de los derecho reales, es por esto que tomando en cuenta las inconsistencias que se han presentado en este trabajo de investigación, contenidos en el marco teórico, así mismo en el análisis de resultados de encuestas y entrevistas realizadas a profesionales del Derecho con conocimiento en minas puedo concluir sugiriendo que se realice la reforma al artículo 30 de la Ley de Minería vigente y que se le dé el título de derecho real al derecho minero como siempre se lo considero y como se ha evidenciado

En el estudio comparado con las legislaciones Peruana, Colombiana, Chilena y Argentina el derecho minero es un derecho real y antes de que se susciten problemas que se vendrán a futuro sería importante partir desde esta reforma para así con esta guía poder ir solucionando las contradicciones legales que existen en la actualidad, de la misma manera con respecto al segundo punto estudiado en este estudio comparado está el hecho de la limitante que se le presenta a los concesionarios mineros

Desde el punto de vista del rechazo de las comunidades indígenas, para dar contexto a este punto empezare hablando de lo mencionado en el marco teórico respecto a esta consulta, empezare hablando de lo que nos dice la Constitución de la república en su artículo 57 que menciona: *“Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos , la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección”* (Constitución de la Republica del Ecuador, 2008) como se ve en el texto citado, , para dar aun mayor peso a esta obligación es importante mencionar que nuestro país se encuentra suscrito al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, mismo que es un tratado internacional que se refiere a los derechos humanos de los pueblos indígenas

El convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo pide una consulta previa para poder emprender o autorizar los programas de prospección, exploración de los recursos que se encuentren dentro de tierras de los grupos antes mencionados, aparte de este convenio existe la sentencia del caso Sarayaku vs Ecuador, en el cual el pueblo indígena resulto ganador por lo que el Estado no realizo la consulta previa para iniciar actividades de extracción, este caso esta mencionado en el segundo estudio de caso del presente trabajo, en esta sentencia se dan lineamientos claros de cómo se debe realizar la consulta previa, es una clara guía a seguir, teniendo estos tres puntos mencionados sobre la consulta previa puedo concluir que claramente en nuestro país es obligatoria y que ya tenemos los lineamientos para poder ejecutarla de una manera inclusiva y que nos lleve a unos resultados que sean beneficiosos tanto para los pueblos indígenas como para el Estado.

Entonces es un tema de debate el crear o no una Ley de Consulta previa si es realmente necesaria, el estudio que realice en este trabajo de investigación me lleva a decir que no es necesaria la creación de una ley de consulta previa sino, más bien seguir el ejemplo de Colombia que tiene como principal punto para la aplicación de la consulta el dialogo, y porque sugiero esto, porque el dialogo permitirá que ambas partes den sus puntos de vista y lleguen a acuerdos que los beneficien, siempre es importante tener en cuenta que la consulta debe ser informada, y se debe informar a la comunidad de los pro y los contras de los proyectos mineros, tener claro hasta qué punto la naturaleza se verá afectada, que beneficios va a recibir la comunidad con el desarrollo del proyecto y que garantías para su buen vivir le da el Estado, para que después se pueda realizar una consulta que dé resultados claros y que sirvan para saber si el proyecto sigue su cauce.

Es por esto que propongo se implemente profesionales en asuntos de conciliación que lleven estos procesos de dialogo adelante, profesionales con amplia experiencia en estos temas que guíen a este proceso a un término beneficioso, incluir a toda la comunidad no solo a una parte de la población, sin perder de vista que incluso si el resultado de la consulta previa va a en contra de que el proyecto se de, la decisión final a esto la toma el estado y el resultado de la consulta es solo una de las cosas que se analizan para la toma de la decisión final,

Cambiando a la tercera y última limitación estudiada en este proyecto de investigación está el tema de las servidumbres, se tomara como guía para el lineamiento que propondré el estudio del marco teórico y de los resultados de las encuestas y entrevistas realizados a profesionales del

derecho y que apoyan el hecho de que en nuestro país las servidumbres son un proceso largo y que necesita medios para agilizarlo, lo que dice la Ley de Minería respecto a las servidumbres el artículo 15 menciona: *“Se declara de utilidad pública la actividad minera en todas sus fases, dentro y fuera de las concesiones mineras. En consecuencia, procede la constitución de las servidumbres que fueren necesarias.”* Esto es similar a las legislaciones de los cuatro países analizados sin embargo en nuestro país el trámite de servidumbre minera cuando esta es negativa por parte del dueño del predio del que se tiene interés, puede llegar a durar varios años por lo que las personas agotan todos los recursos que la ley le permite para tratar de conseguir un resultado a favor

Incluso si al final la servidumbre sale a favor de la concesionaria, mientras este trámite está en proceso el minero no podrá hacer usos de la servidumbre que solicito, lo que se traduce en retrasos para el correcto desarrollo de sus actividades, ahora bien teniendo esto claro en países como Perú por ejemplo se le da prioridad al minero para que pueda hacer uso del predio cuando demuestra que la actividad minera es más beneficiosa que la actividad económica para que hasta ese momento está sirviendo ese terreno, considero que esto es una forma de reforzar el hecho de considerar a la minería como de utilidad pública, no se está tratando de desmerecer el derecho a la propiedad que tiene el dueño del predio, solamente hacer efectivo el derecho que se le otorga al concesionario de solicitar servidumbres y así mismo el hecho de que los predios están sujetos a las mismas

La propuesta a la que llego después de realizar el estudio de la legislación Ecuatoriana y las cuatro legislaciones, es que en nuestro país se debería dar prioridad a la minería por el hecho de considerarse de utilidad pública, propongo dar la facilidad al concesionario para que ejerza el uso de las servidumbres que requiere para realizar sus actividades, firmando previamente con la autoridad competente una garantía que cubra por el valor absoluto por los daños que puedan ocasionarse, darle la seguridad al dueño del predio de que al momento de caducar la concesión minera se le devolverá su propiedad en iguales o mejores condiciones a las que tenía en el momento de la solicitud y aprobación de la servidumbre

De esta manera se está garantizando el modo de vida de la persona que dejara su propiedad para el proyecto minero y del mismo modo el concesionario tendrá la libertad de ejecutar sus labores sin tener impedimentos, considero que esto es importante, porque evitarían tanto retrasos para las actividades de minería como gastos económicos para el dueño de la propiedad, por lo que

el gasto que requieren cada una de las etapas procesales para defender su negativa son costeadas por este mismo.

8. Conclusiones

Una vez elaborado el marco teórico y de haber realizado el análisis de los resultados de campo, del estudio de casos y de hacer una síntesis para la discusión de los resultados del presente trabajo de Integración Curricular, eh llegado a las conclusiones que expongo a continuación:

1. Se logró demostrar que existe una contradicción entre la Ley de Minería y el Código Civil Ecuatoriano en el concepto de derecho real y personal, la aplicación estricta a la norma en los derechos mineros otorgados, constituye una contradicción al título personal que se le da al concesionario minero.
2. El estudio en derecho comparado respecto a la instauración de servidumbres concluye que en el país el proceso de servidumbres es tardado y es necesario implementar medidas que lleven a agilizar la instauración de estas servidumbres.
3. La consulta previa en nuestro país es obligatoria, existen lineamientos para su ejecución, debe ser libre, informada y previa a cualquier inicio de un proyecto de exploración y explotación de recursos naturales, por lo tanto no es necesario la creación de una Ley de Consulta Previa para instaurar este derecho en nuestro país.
4. La minería al ser un sector estratégico en nuestro país genera beneficios económicos en gran medida a pesar de que la industria minera Ecuatoriana aún está en desarrollo, dichos beneficios económicos resultantes contribuirían en gran medida el desarrollo económico del país.

9. Recomendaciones

Las recomendaciones que se han considerado pertinentes presentar son las siguientes:

1. Al Estado ecuatoriano para que de acuerdo a los procesos legales correspondientes de paso a la reforma a la Ley de Minería que haga el cambio del título personal al derecho minero a ser un derecho real que por su naturaleza de inmueble le corresponde, así mismo se brinde las facilidades necesarias para que los trámites administrativos a realizarse no sean repetitivos y retrasen el ejercicio de las actividades mineras, así mismo se vea la posibilidad de implementar el sistema de garantías y de cauciones para asegurar los intereses del dueño del predio y de esta manera facilitar el ejercicio de la actividad minera.
2. A todos los organismos estatales que intervienen en el desarrollo de la Consulta Previa a las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas que incorporen en este proceso a profesionales expertos en temas de mediación para llegar a acuerdos convenientes y beneficiosos para las dos partes interesadas, así mismo a los líderes de las Comunidades Pueblos y Nacionalidades Indígenas, para que incentiven en sus comunidades el diálogo y entendimiento, del mismo modo el conocimiento de la Ley, hasta qué punto es determinante su opinión en el otorgamiento de las concesiones y los beneficios que obtendrían en el caso de llegar a acuerdos amistosos con el Estado.
3. Al Estado ecuatoriano para que le dé la importancia que merece la actividad minera en el país y brinde las facilidades que sean necesarias para legalizar esta actividad, que se tome en cuenta como guía a las legislaciones de países con amplio desarrollo en minería, para adoptar medidas que nos sean útiles y plantear su posible aplicación, para de esta manera frenar el crecimiento de la minería ilegal que causa pérdida y daños ambientales incalculables, por la ausencia de un control de parte de las autoridades, del mismo modo al Ministerio del Ambiente para que por medio de los miembros que forman parte de esta institución realicen un control estricto de las actividades mineras, para corroborar que se cumplan los lineamientos propuestos por este ministerio, a fin de mitigar el daño ambiental producto de las actividades extractivas.
4. A los Gobiernos Autónomos Descentralizados en ejercicio de sus competencias de regular, autorizar y controlar la explotación, mediante sus ordenanzas realicen controles permanentes a fin de mitigar el crecimiento de la minería ilegal.

10. Bibliografía

- Ambiente, M. d. (14 de 02 de 2023). *Ministerio del Ambiente*. Obtenido de Manual de Usuario para obtener una Licencia Ambiental: <http://mesadeayuda.ambiente.gob.ec/Documentacion/MesaAyuda/Manuales/MANUAL%20PARA%20OBTENER%20UN%20LICENCIA%20AMBIENTAL.pdf>
- Berti, L. G. (1960). *Compendio de Derecho Minero Venezolano* . Merida : Tall. Gráf. de la Universidad de los Andes.
- Blanco, A. V. (2015). CONCESIONES DE DOMINIO PUBLICO . En A. V. Blanco, *CONCESIONES DE DOMINIO PUBLICO Y CARACTERIZACION DE LAS CONSECIONES MINERAS* (pág. 20). Quito.
- Bnamericas. (2022). Argentina sector minero. *Bnamericas*.
- Bnamericas. (2022). Minería ecuatoriana a la espera de normativa que permita avance de proyectos. *Bnamericas*.
- Bourgeois, J. R. (1949). *Instituciones del Derecho Minero Chileno*. Chile: Juridica.
- Burbano, I. (2019). Enfoque . 4.
- Código Civil . (2005).
- Código de Minas Colombia* . (2001).
- Codigo de Minería*. (1886).
- Codigo de Minería Chileno*. (1983).
- Codigo Organico Integral Penal*. (2014).
- Comercio, E. (25 de Noviembre de 2020). Minería ilegal invade proyecto de oro Río Blanco; Cámara de Minería del Azuay pide que el Estado retome el control. *El Comercio* .
- Constitución de la Nacion Argentina*. (1853).
- Constitución de la Republica del Ecuador*. (2008). Quito: Registro oficial 449.
- Constitución Política de la República de Chile* . (1980).
- Constitución Política de la República de Colombia*. (1991).
- Constitución Política del Perú*. (1993).
- Decreto 672/16*. (2016).

Dondo, M., & Converti, L. (2021). El sector minero en Chile, Analisis comparativo con paises mineros de America Latina. *CELAG*.

Espínola, J. P. (29 de ulio de 2022). *Concepto*. Obtenido de <https://concepto.de/metodo-inductivo/>.

etecé, E. e. (16 de julio de 2021). *Concepto*. Obtenido de <https://concepto.de/metodo-analitico/>.

Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las Actividades Económicas en las tierras del territorio nacional y en las comunidades campesinas y nativas. (1995).

Ley de Minería . (2009).

Ley del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas u originarios. (2011).

Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. (2001).

Ley General de Ambiente Perú. (2005).

Ley General de Minería, Perú. (1992).

Ley General del Ambiente . (2005).

Ley Organica Constitucional Sobre Concesiones Mineras. (1982).

Ley Organica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales. (2016).

Mercurio, E. (23 de 02 de 2023). *Iniciativa para impedir minería en Quito preocupa a mineros*. Obtenido de El Mercurio : <https://elmercurio.com.ec/2023/02/23/iniciativa-para-impedir-mineria-quito/>

Minas, V. d. (2020). *Plan Nacional de Desarrollo del Sector Minero*.

Morales, E. (2020). *TEOMI Digital*. Obtenido de Ingresar a <https://play.tomi.digital/app/learn?id=77925&type=lesson> y aprende con la clase Método Estadístico

Nacional, C. (1991). *Ley de Minería*. Quito.

OIT. (1989). *Convenio 169* .

Ortega, C. (2023). *QuestionPro*. Obtenido de <https://www.questionpro.com/blog/es/analisis-comparativo/>

Ossorio, M. (1986). *Diccionario de Ciencias Juridicas Politicas y Sociales* . Obra Grande, Montevideo,.

Reglamento a la Ley Organica de Tierras Rurales Territorios. (2017).

Reglamento Ambiental de Actividades Mineras Perú. (2014).

Zumarraga, C. (2017). Derecho Minero Real o Derecho Minero Personal: Más que una discusión jurídica. *Minergía*.

11. Anexos

Anexo 1: Formatos de Encuestas y entrevistas



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA A DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Trabajo de Integración Curricular titulado: **“ESTUDIO COMPARADO ACERCA DE LAS LIBERTADES Y LIMITACIONES DE LA CONCESIÓN MINERA ECUATORIANA”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que permitirán obtener información para la culminación de la presente investigación.

Instrucciones: El problema a tratar es que dentro del ejercicio de la concesión minera, existen limitaciones para el correcto desarrollo y el ejercicio del derecho minero que se les otorga a los concesionarios, entre estas limitaciones está el hecho de que se le atribuye al derecho minero el carácter de personal, otorgándole al mismo características de derecho real, que en el momento de existir controversia se traduce como una desventaja para el concesionario, así mismo no existe una regulación clara para la consulta previa libre e informada que se realiza a los pueblos y comunidades indígenas, en algunas concesiones otorgadas no se ha realizado atribuyendo que no existe norma que regule el procedimiento, lo que acarrea problemas con estas comunidades, y en algunos casos proyectos de mediana y gran escala han sido cancelados, por rechazo de la población, también se considera el tiempo que se da para el desarrollo de las fases mineras principalmente la de exploración, y los trámites que se requieren, que son en algunos casos repetitivos, en el tema de servidumbres como limitante está el hecho de que el proceso legal en caso de negativa a la servidumbre puede extenderse por años, y en este periodo de tiempo puede perderse la concesión

por los límites temporales entre fases y a su vez se pierde el interés de la inversión extranjera, para aclarar de mejor manera el problema a tratar se realizó un estudio comparado con las legislaciones, Chilena, Argentina, Colombiana, y Peruana.

Preguntas para entrevista.

- 1) Los Derechos reales recaen sobre bienes, y estos a su vez otorgan derechos de dominio como son el uso goce y libre disposición, mientras que los derechos personales se generan entre dos personas y se crean obligaciones reciprocas. ¿Considera Ud. que pueden existir bienes accesorios a un derecho personal como lo es la concesión minera?
- 2) ¿Cuáles son las potestades que a su conocimiento adquieren los concesionarios mineros en el Ecuador?
- 3) ¿Qué mecanismos les otorga el Estado para poder ejercerlas en base a la Ley de Minería y que efectos jurídicos esto les atrae?
- 4) ¿Qué falencias existen a su consideración en los preceptos legales de la Ley de Minería respecto a las concesiones?
- 5) ¿Qué opinión le merece el desarrollo de la consulta previa a los Pueblos y Nacionalidades indígenas y que tan determinante debe ser la misma a la hora de otorgar la concesión minera?
- 6) ¿Considera usted que la falta de una consulta seria y responsable de parte del estado, favorece a la conflictividad, y enfrentamiento entre las comunidades indígenas y los posibles inversionistas mineros?
- 7) Para agilizar el desarrollo de la actividad minera ¿considera Ud. adecuado tomar como guía lo que expresa la Ley de Minería Chilena que Mientras se tramita el juicio respectivo, un juez autoriza al solicitante para hacer uso, desde luego, de las servidumbres pedidas, siempre que rinda caución suficiente para responder de las indemnizaciones a que pueda estar obligado?
- 8) ¿Qué sugerencia daría usted frente al problema planteado?



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA A DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Trabajo de Integración Curricular titulado: **“ESTUDIO COMPARADO ACERCA DE LAS LIBERTADES Y LIMITACIONES DE LA CONCESIÓN MINERA ECUATORIANA”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario, resultados que permitirán obtener información para la culminación de la presente investigación.

Instrucciones: El problema a tratar es que dentro del ejercicio de la concesión minera, existen limitaciones para el correcto desarrollo y el ejercicio del derecho minero que se les otorga a los concesionarios, entre estas limitaciones está el hecho de que se le atribuye al derecho minero el carácter de personal, otorgándole al mismo características de derecho real, que en el momento de existir controversia se traduce como una desventaja para el concesionario, así mismo no existe una regulación clara para la consulta previa libre e informada que se realiza a los pueblos y comunidades indígenas, en algunas concesiones otorgadas no se ha realizado atribuyendo que no existe norma que regule el procedimiento, lo que acarrea problemas con estas comunidades, y en algunos casos proyectos de mediana y gran escala han sido cancelados, por rechazo de la población, también se considera el tiempo que se da para el desarrollo de las fases mineras principalmente la de exploración, y los trámites que se requieren, que son en algunos casos repetitivos, en el tema de servidumbres como limitante está el hecho de que el proceso legal en caso de negativa a la servidumbre puede extenderse por años, y en este periodo de tiempo puede perderse la concesión por los límites temporales entre fases y a su vez se pierde el interés de la inversión extranjera, para aclarar de mejor manera el problema a tratar se realizó un estudio comparado con las legislaciones, Chilena, Argentina, Colombiana, y Peruana.

CUESTIONARIO

1) **¿Considera usted que el derecho minero debería ser catalogado como un derecho real o personal?**

- Real ()
- Personal ()

Porque: _____

2) **La Ley ecuatoriana le da la calidad de derecho personal al título minero, lo cual contradice la naturaleza de la concesión minera, en la Legislación Argentina se dispone que las minas sean consideradas como inmuebles, así también las cosas destinadas a la actividad de explotación, ¿Considera usted que la calidad de derecho personal le priva al título minero de diversos tipos de acciones para su protección y el ser susceptible de gravámenes reales?**

- Si ()
- No ()

Porque: _____

3) **¿Considera usted que en el cambio de fase de exploración inicial a exploración avanzada se debe requerir la realización de trámites administrativos interface?**

- Si ()
- No ()

Porque: _____

4) ¿En Perú, el título minero otorgado le da al concesionario el derecho a ejercer sus fases mineras a discreción del concesionario el cambio de dichas fases, considera usted conveniente la aplicación de esta medida para abreviar los trámites existentes en el cambio de fase de Inicial a exploración avanzada?

- Si ()
- No()

Porque: _____

5) ¿Considera usted necesario que se cree una Ley de consulta previa que se encargue de regular el procedimiento para el desarrollo de la consulta libre e informada a las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas?

- Si ()
- No ()

Porque: _____

6) ¿En la Ley de Minería Ecuatoriana se otorga la facultad para que cualquier persona pueda realizar la búsqueda de indicios de áreas que puedan contener minerales con excepción de las que prohíbe la Ley, en la legislación Chilena se contempla la posibilidad de imponer de forma temporal con un máximo de seis meses servidumbres sobre los predios que se considere necesarias para la búsqueda de minerales, a su criterio cree conveniente adoptar esta medida para facilitar el ejercicio de la fase de prospección minera?

- Si ()
- No ()

Porque: _____

7) ¿En la Legislación Peruana el concesionario tiene la facultad de solicitar se le otorgue acceso a la propiedad de la tierra, de manera prioritaria, cuando se evidencie que la actividad minera es más fructífera que otra actividad que se desarrolle en el predio, considera usted que esta política se puede aplicar en Ecuador para facilitar el ejercicio de las servidumbres mineras?

- Si ()
- No ()

Porque: _____

Certificación de traducción del resumen “Abstract”

Anexo 2: Certificación de traducción del resumen “Abstract”

Mgs. Mónica Jimbo Galarza

C E R T I F I C O:

Haber realizado la traducción de Español – Inglés del resumen del Trabajo de Integración Curricular previo a la obtención del título de Abogada titulado **“Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la Concesión Minera Ecuatoriana.”** de autoría de Briggette Thalía Cordero Benavides con **CI: 1105890584.**

Se autoriza a la interesada hacer uso de la misma para los trámites que crea conveniente.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

Emitida en Loja, a los 14 días del mes de diciembre 2023.



Firmado electrónicamente por:
MONICA
CECILIAJIMBO
GALARZA

Mgs. Mónica Jimbo Galarza

**MAGÍSTER EN ENSEÑANZA DE INGLÉS COMO LENGUA
EXTRANJERAREGISTRO EN LA SENECYT N° 1021-2018-1999861**

Certificación del honorable Tribunal de Grado.

Anexo 3: Certificación del honorable Tribunal de Grado.

CERTIFICACIÓN

Los suscritos miembros del Honorable Tribunal de Grado, nos reunimos con el fin de revisar el trabajo académico titulado: **“Estudio comparado acerca de las libertades y limitaciones de la concesión minera ecuatoriana.”**, de autoría de la postulante Briggette Thalía Cordero Benavides, previo a la obtención del título de Abogada. En tal sentido, una vez que se han cumplido con todas las sugerencias y observaciones realizadas, autorizamos continuar con el trámite correspondiente para su sustentación.

Loja, 09 de enero de 2023



Cristian Ernesto Quiroz Castro
PRESIDENTE



Bárbara Nicole Aguirre Tene

Miembro Tribunal



Danny Javier Saá Solano de la Sala

Miembro Tribunal