

Ser o no ser constitucional, reto de la nueva ley minera

Una primera aproximación

Alberto Acosta

La construcción democrática, requisito de toda ley

Cuando el 18 de abril aprobamos en Montecristi el Mandato Minero N° 6, con 95 votos a favor y uno en contra, lo hicimos motivados por la emergencia provocada en el sector por abusos de las empresas mineras, alentados por el entreguismo de los anteriores gobiernos. Ecuador vivió un verdadero “festín minero”, que estuvo a punto de provocar irreparables daños ambientales y sociales. Lo hicimos, también, convencidos de que la actividad minera en el Ecuador debería enrumbarse por una senda de profundo respeto al ser humano y a la Naturaleza.

Se sabía que no era una tarea fácil. Hay muchos intereses en juego. Y muchos problemas acumulados. Pero no se podían, ni se pueden mantener las cosas como están. La realidad en el ámbito de la minería, a pequeña escala en el caso de los recursos metálicos o de la explotación de materiales para la construcción, es sumamente compleja en varios aspectos: social, ambiental, económico, de seguridad humana, incluso político.

Más allá de dar respuestas a esa realidad, lo que interesa analizar con responsabilidad y amplia participación social la conveniencia o no de abrir la puerta a la minería metálica a gran escala y a cielo abierto. Por lo tanto, antes de revisar rápidamente algunos elementos del proyecto de ley de minería enviado por el Gobierno Nacional a la Comisión de Legislación y Fiscalización, aceptemos que el Ecuador requiere un nuevo marco jurídico para el desarrollo de la minería. Pero no cualquier marco. Se precisa una institucionalidad remozada que sepa respetar los mandatos constitucionales, es decir los principios básicos del Buen Vivir y los Derechos de la Naturaleza.

La tarea de construcción democrática de la nueva ley de minería debe convocar a todos los actores involucrados en la actividad minera: el gobierno nacional, los gobiernos seccionales, las empresas mineras y sus trabajadores, los profesionales y estudiosos de la materia, particularmente las comunidades amenazadas directamente por esta actividad, incluso las organizaciones de ecologistas que critican o mantienen reservas con las actividades mineras. Esta lista, por cierto, está incompleta. El futuro de la minería en el país compete a todos sus habitantes, sobre todo por los efectos que podría tener la minería a gran escala: recuérdese los dañinos y costosos impactos sociales y ambientales de la actividad hidrocarburífera en el nororiente de la Amazonía ecuatoriana.

El reto es abrir la puerta a un gran debate nacional. Sin chantajes de ningún tipo y menos aún acciones represivas, discutamos sobre este tema de trascendencia nacional. Nadie puede esgrimir como propio el argumento del supuesto interés de la mayoría de la población para imponer una u otra tesis. Nadie -ni el presidente de la República- puede presentarse como el intérprete de la voluntad política colectiva en esta cuestión (ni en

ninguna otra). El diálogo debe darse en condiciones de igualdad y sobre todo de equidad, impidiendo que los capitales mineros impongan propagandísticamente sus puntos de vista.

La mayoría de la población no puede ser un actor ausente. Abramos entonces la puerta a una discusión de argumentos y no de insultos, menos aún de amenazas. El desarrollo de la actividad minera, no se diga de la nueva ley, exige un proceso de consulta que no acumule más resentimientos y desconfianza de las comunidades. Transformemos el debate en una oportunidad para conocer más sobre la minería, con el fin de tomar decisiones fundamentadas y no atropelladas.

Una información calificada, no interesada

Necesitamos saber qué pasa realmente con la actividad minera en el país; y cuáles son, además, las experiencias en otros países. Requerimos conocer lo que son las reservas probadas, probables y posibles -que no son lo mismo-, pero que se manejan como sinónimos. Nos urge disponer de información calificada -que no es lo mismo que interesada- sobre la probabilidad de ocurrencia de las cantidades estimadas de minerales, los pasivos ambientales; así como la valoración de aquellas riquezas y servicios naturales que se pueden perder. Y jamás debemos olvidarnos que los minerales son recursos naturales no renovables.

A modo de referencia, no es posible aceptar sin beneficio de inventario las cifras presentadas hasta hace muy pocas semanas sobre el valor que tendrían las reservas de mineral metálico en el país. Se habla de 210 mil millones de dólares. Sin aceptar como reales esos montos, que por lo demás no han sido comprobados, supongamos que el Estado recibiera un 5 % de regalías, tal cual está planteado en el proyecto de ley, el ingreso total bordearía, en el mejor de los casos, 11 (once) mil millones de dólares en los 25 o 30 años de duración de los contratos; el ingreso anual, si fueran 25 años, llegaría -en términos gruesos- apenas a 400 millones de dólares, a lo que añadiría (si pagan) el ingreso por el impuesto a la renta. Estos valores, por cierto, serán mínimos si nos imaginamos los costos que podrían provocar esta actividad en términos ambientales y sociales, en incluso costos económicos por la afectación a otros sectores productivos (por ejemplo agropecuario), como resultado de una actividad descontrolada o realizada en zonas de importante densidad poblacional o gran biodiversidad (Tengamos en mente el reclamo por 16 mil millones de dólares que está judicialmente planteado a la compañía Chevron-Exxon por un grupo de compatriotas, como consecuencia del destrozo provocado en el nororiente de la Amazonía).

En la actualidad ese posible monto de *dólares acumulados en el subsuelo* deberá ser revisado sensiblemente a la baja por efecto de la grave crisis económica internacional. El precio de los minerales, así como de otros productos en el mercado mundial ha caído y sigue cayendo aceleradamente; especialmente el cobre, que se pretende sería la *solución nacional* y el gran sustituto de los ingresos petroleros. Igual sucede con las cotizaciones de las empresas mineras; cuya reducción ha llevado a algunas de ellas al borde del colapso financiero. Muchas de estas empresas, como lo hemos visto en el país en los últimos años, se movían al vaivén de las cotizaciones en las bolsas de valores internacionales, en donde, como se ha comprobado hasta la saciedad en estos días, primó la especulación sobre todo tipo de racionalidad.

Esta crisis internacional, por cierto, no puede conducir a la entrega de crecientes beneficios a las empresas mineras transnacionales, que ahora tendrán muchas dificultades para conseguir los recursos necesarios para sus inversiones. En lugar de caer en la trampa del entreguismo, que podría ser alentado por el afán de atraer a cualquier precio nuevas inversiones extranjeras, el Ecuador debería aprovechar esta oportunidad para superar visiones neodesarrollistas dominantes en algunos sectores del Gobierno y de la misma sociedad; lo que Joan Martínez Allier, uno de los economistas ecológicos de mayor renombre a nivel internacional, define como el “desarrollismo senil”. Aquí el Gobierno ha demostrado capacidad y creatividad, véase el proyecto dejar en tierra el crudo del ITT.

Es bueno recordar que, durante la “larga noche neoliberal”, se produjo una “hemorragia” de concesiones mineras (de las más de 5 mil entregadas, apenas un 7% estaban en fase exploración y explotación, el resto prácticamente era para la especulación); que se dio paso a una perniciosa acumulación de concesiones mineras en muy pocas manos, una de los factores para la enorme especulación en la compra-venta de títulos mineros; que los concesionarios no tenían que presentar planes de exploración, ni explotación; que los estudios de impacto ambiental, si los había, eran menos que mediocres y se los hacía simplemente para cumplir con el trámite burocrático; que la consulta previa fue una verdadera tomadura de pelo a las comunidades, a las que muchas empresas mineras dividieron y en varios casos agredieron; que el Estado no recibía regalías (que se pagaba un dólar por hectárea al año como derechos superficiales al inicio, para llegar apenas a diez y seis dólares por hectárea al año en la fase de explotación). En esos años, uno de los mayores ausentes fue el interés nacional y el mismo sentido común: varias concesiones incluían en su territorio a la iglesia y la plaza de varios pueblos...

Alcances y limitaciones del Mandato Minero

Para tratar de poner algo de orden en esta caótica situación, la Asamblea Constituyente de plenos poderes expidió el Mandato Minero. Con dicho Mandato se intentó corregir los horrores -errores- de una época que no velaba por los intereses del país y sus habitantes.

Los puntos centrales del Mandato fueron: prohibición de los monopolios y sus prácticas (Art 4), no afectación del agua (Art 3), restricción de la minería en áreas protegidas y en zonas de amortiguamiento (Art. 3), cesación de concesiones que no cumplan con sus obligaciones establecidas en la ley en materia de inversiones y pago de patentes. (Art. 1 y 2)

Anotemos que las minas en producción fueron excluidas del Mandato para no crear incertidumbre, ni desempleo. Así mismo, no se incluyó la minería de pequeña escala y artesanal, no porque no haya problemas allí; al contrario, hay muchas y complejas dificultades de toda índole que debemos resolver, a fin de garantizar una vida, trabajo y ambiente saludables, para todas las personas directa o indirectamente involucradas en esta actividad. Lo que se buscaba con el Mandato era corregir las principales dificultades y aberraciones, que caracterizaban el potencial manejo las reservas minerales más importantes.

El Mandato Minero también estableció la creación de una empresa minera del Estado, como pieza central para regularizar e intervenir en aquella actividad minera que decidamos colectivamente mantener. Una empresa de ese tipo, bien manejada, puede invertir en tecnología, establecer otras reglas, independizarse de las transnacionales, contribuir con tecnología y financiamiento a los pequeños mineros artesanales, para que estos superen definitivamente sus prácticas depredadoras.

Este Mandato, que constituye un punto de partida para la definición del nuevo marco institucional minero, no se cumplió a cabalidad. (Entendamos que los Mandatos asumían un papel rector anticipado a la normativa constitucional y que, por lo tanto, su esencia debe estar inmersa en las nuevas leyes.) Hay varios aspectos que quedaron pendientes. Antes de entrar en la revisión de la ley, dejemos sentado que el incumplimiento del Mandato debería ser motivo de fiscalización de la Comisión legislativa, puesto que los mandatos constituyentes tenían imperio jerárquico y su incumplimiento es causal de destitución.

Quizás las presiones de los intereses mineros y sus múltiples intermediarios pudieron aminorar el afán por cumplirlo... sea como fuere, el nuevo marco institucional minero debe ceñirse a los principios de la nueva Constitución, camino obligatorio para desarrollar todas las leyes.

El reto, ser o no ser constitucional

La nueva ley, entonces, debería desarrollar el marco legal y la institucionalidad del Estado capaz de intervenir y controlar las actividades mineras, que existen en el país desde hace muchos años. Y debe establecer los lineamientos de lo que podría ser una nueva minería, si aceptamos actividades a gran escala.

La minería, como se resolvió en Montecristi, tendrá que ser considerada una actividad estratégica. Igualmente, allí se definieron las obligaciones en materia ambiental, social, y económicas para la utilización de los recursos naturales. Es de esperar, entonces, que la nueva Ley minera legisle en función de estos principios, que surgieron no sólo de las demandas de la sociedad, sino de acuerdos entre el ejecutivo y la misma Asamblea Constituyente. La ley, enviada por el presidente Rafael Correa a la Comisión de Legislación y Fiscalización, como se expresa en la exposición de motivos, debe ser “coincidente con los principios innegociables de la nueva Constitución”. Este es el reto que tienen los miembros de la Comisión de Legislación, así como la sociedad en su conjunto.

Por lo expuesto resultan inaceptables algunos puntos contenidos en lo que es todavía un proyecto de la Ley Minera. De una primera lectura surgen varias contradicciones en relación a lo establecido en la nueva Constitución. La ley, además, no desarrolla los principios constitucionales fundamentales. Así, por ejemplo, se podría destacar algunos aspectos:

- A despecho de lo que dice la Constitución, que las empresas privadas sólo pueden intervenir de manera excepcional, se les da un tratamiento similar a las otras formas empresariales (artículo 20). Además, se les otorga derechos especiales a las empresas extranjeras, como es el “trato nacional”, la “no

discriminación”, el “amparo” frente a interferencias, el silencio administrativo a favor de las empresas.

- En el artículo 25 se abre la posibilidad de libre prospección en áreas naturales protegidas y zonas intangibles, así como en zonas socioambientales sensibles. No hay una definición clara de las zonas mineras. Esta disposición violaría lo dispuesto en los artículos 57 y 408 de la Constitución. Adicionalmente, no conviene separar la fase exploratoria del resto del proceso, para cumplir lo previsto en el artículo 407 de la nueva carta magna.

- Los títulos mineros (artículo 28) son asumidos casi sin límites. La figura de la concesión que es una herramienta del Estado para mantener la propiedad sobre el recurso en este caso se debilita al otorgarse un título transferible, transmisible y sujeto a cesiones en garantía. Esto va en contra del artículo 317 de la Constitución, que establece que los recursos naturales pertenecen al patrimonio inalienable del Estado. Esto podría, además, mantener la práctica especulativa que ha primado en la actividad minera nacional.

- Igualmente se permite a una misma persona tener varias concesiones para la exploración, no hay limitación a la tendencia monopólica. La única limitación sería el pago por derecho minero. Este ya fue uno de los puntos medulares del Mandato Minero.

- No se establecen áreas vedadas a la minería por afectar fuentes de agua, por ejemplo. En la práctica se desconoce la prelación del agua, establecida en la Constitución. Esto podría anticipar conflictos con la nueva ley de agua, que está siendo discutida.

- Igualmente se marginan a lo largo de la ley los derechos colectivos y los derechos de la Naturaleza. Tal como se establece el tema las servidumbres -del agua, por ejemplo- podría afectar dichos derechos, pues se ha entregado un elevado margen de acción y dominio a las empresas mineras.

- Tampoco se determina con claridad que personas están inhabilitadas para recibir concesiones mineras. Algo que se decidió ya en el mandato Minero y que, inclusive, ha sido motivo de oportunas disposiciones legales en ocasiones anteriores, por ejemplo en el Código de Minería de 1918.

- El artículo 82 del proyecto de ley minera dispone en el inciso tercero que: “El incumplimiento de las obligaciones contenidas en este Capítulo dará lugar a las eventuales sanciones al concesionario minero por parte del Ministerio sectorial. Las sanciones podrán incluir la suspensión de las actividades mineras que forman parte de dicha operación o la caducidad”. Las sanciones no pueden ser eventuales.

- Es preocupante que el procedimiento de caducidad y sanción, si se afectan los derechos de la Naturaleza, de la biodiversidad o de las comunidades, estarán contenidos en un reglamento. Se corre el riesgo en el reglamento, los requisitos para la sanción sean demasiado laxos como para no sancionar adecuada y oportunamente a quienes provocan dichas afectaciones.

- También sería importante revisar el régimen de sanciones, y responsabilidades de los titulares de las concesiones. De lo que se desprende del artículo 66 del proyecto de la ley es que los titulares de las concesiones mineras están obligadas a resarcir los daños causados al medio ambiente, al patrimonio natural o cultural, y a las concesiones colindantes. Pero no dice nada de la obligación que tienen de conformidad con el artículo 396 de la Constitución sobre la “responsabilidad por daños ambientales objetiva”. Tampoco se establece la obligación de “restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar

a las personas y comunidades afectadas”, en concordancia del artículo 397 de la Constitución.

Adicionalmente, en la ley no está clara la razón para que ésta sea considerada como ley orgánica. De la lectura del artículo 133 de la Constitución y sus numerales no se desprende en ninguna parte que los sectores estratégicos se regularán por ley orgánica; así como tampoco consta en la Constitución la creación de una Empresa Nacional Minera, que fue dispuesta mediante el Mandato Minero (No hay aún la ley de empresas públicas). Por lo tanto, esta materia debería ser regulada mediante ley ordinaria.

Igualmente faltan disposiciones precisas para que los recursos minerales obtenidos sean prioritariamente procesados en el país; no es deseable mantener la vieja modalidad de acumulación primario-exportadora, caracterizada por el rentismo, la voracidad y la contaminación: el Ecuador tiene que industrializar sus recursos naturales. Sería importante que en la ley ya se recojan algunos criterios que permitan dirigir el país hacia una economía post-extractivista, uno de los reiterados mensajes del presidente Correa.

Resulta obvio prevenir que esta actividad a gran escala ponga en riesgo el trabajo de millares de campesinos o incluso propietarios de pequeñas iniciativas turísticas y productivas, cuyas actividades podrían ser amenazadas por una actividad de alto impacto ambiental y social, con repercusiones que afectarían a la colectividad nacional en su conjunto. En este punto cabría recomendar la incorporación en la ley de normas que permitan anticipar la remediación de los pasivos ambientales, a través de modelos económicos que valoren de manera adecuada y sobre todo oportuna dichos pasivos antes de iniciar las tareas de explotación; hay que impedir que estos pasivos queden como saldo no recuperable de la actividad extractivista, como sucede con el petróleo.

Para un adecuado manejo de nuestros recursos naturales, en suma, necesitamos reafirmar la soberanía y el papel del Estado, contar con regulaciones y reguladores fuertes, con controles no solo económicos, sino también ambientales serios. Hay que recuperar la confianza de las comunidades frente al papel del Estado en la administración del patrimonio nacional, no podemos debilitarlas.

Finalmente, la Ley no es innovadora, como si lo fue el Mandato Minero y la misma Constitución. Se utilizan las mismas figuras jurídicas ya existentes, que no han permitido al Estado precautelar a satisfacción sus derechos: el título minero, la concesión, la regalía. Habría que pensar en otros conceptos que garanticen actos administrativos más efectivos de parte del Estado: la licencia o la autorización, por ejemplo.

A quienes hicieron este proyecto de ley cabría recomendarles leer con atención la Constitución y el Mandato Minero. Como consecuencia de un debate nacional amplio, la Comisión de Legislación y Fiscalización tendrá que rehacer el trabajo, pues una ley mal hecha lesiona los intereses y la tranquilidad nacionales. Y por cierto, en su elaboración, habrá que tener presente no sólo los potenciales beneficios, sino, sobre todo, los costos que sobre todo la minería metálica a gran escala y a cielo abierto puede provocar.

La Comisión tiene la obligación de abrir el debate a escala nacional. Hasta la presentación del proyecto de ley el debate ha sido muy limitado y poco sustantivo. El reto de dicha Comisión es superar esa falencia y tratar de cumplir con el plazo previsto en el Mandato Minero (el término de 180 días) para disponer una nueva ley de minería; pero en esta ocasión, tratándose de un tema tan sensible, que incluso puede poner en riesgo la gobernabilidad, cabría priorizar el contenido sobre los plazos.

La ciudadanía tiene la palabra. Discutamos democráticamente. No es justificable que el diálogo de la ley de minería empiece con violencia y represión. Llegemos a respuestas que estén, en todo momento, ajustadas a la nueva Constitución, que recibió el respaldo contundente de la sociedad.-

18 de noviembre del 2008

Nota: El Mandato Constituyente 23 (post Asamblea constituyente), que conforma la Comisión de Legislación y Fiscalización, regula la elaboración de las leyes. Allí se norma la participación de la ciudadanía en la comisión especializada, previo al primer debate. Lamentablemente el plazo es escaso, apenas diez días obligatorios. Si bien se habla de veinte días que pueden ser ampliados, la comisión solo tiene la obligación de conceder diez días para la participación ciudadana. Por lo expuesto, antes de la presentación de las leyes al poder legislativo, el gobierno debería tomarse el tiempo suficiente para que se asegure una amplia participación ciudadana. Esta debilidad debería ser motivo de consideración para el funcionamiento de la futura Asamblea Nacional.