

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
PROGRAMA ESTUDIOS SOCIOAMBENTALES
CONVOCATORIA 2008-2010**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN GOBERNANZA ENERGÉTICA**

**LA POLÍTICA PÚBLICA MINERA EN EL CONTEXTO DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MODELO DE DESARROLLO**

CARLO VINICIO RUIZ GIRALDO

SEPTIEMBRE 2011

**FACULTAD LATINOAMERICANA DE CIENCIAS SOCIALES
SEDE ECUADOR
PROGRAMA ESTUDIOS SOCIOAMBIENTALES
CONVOCATORIA 2008-2010**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
SOCIALES CON MENCIÓN EN GOBERNANZA ENERGÉTICA**

**LA POLÍTICA PÚBLICA MINERA EN EL CONTEXTO DEL
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MODELO DE DESARROLLO**

CARLO VINICIO RUIZ GIRALDO

ASESOR DE TESIS: IVÁN NARVÁEZ

**LECTORES:
TEODORO BUSTAMANTE
ROMMEL LARA**

SEPTIEMBRE 2011

DEDICATORIA

Para María Alicia, compañera y cómplice de todas las cosas que se me ocurren.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Doctor Iván Narváez, mi director de tesis, quien gracias a su entusiasmo y guía, me permitió completar esta investigación con pasión y curiosidad permanentes.

ÍNDICE

Contenido

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	1
Pregunta central	2
Objetivos y metodología	3
CAPÍTULO I	5
EL QUIEBRE DE LA CONSTITUCIÓN	5
Introducción.....	5
Problemática de la investigación	7
El neoinstitucionalismo como gui3n del ajuste neoliberal en la Constituci3n de 1998 9	
El proceso de modernizaci3n del Estado.....	11
El Ecuador 3vido de gobernabilidad	12
La Constituci3n de 2008: el neoconstitucionalismo	15
El neoconstitucionalismo.....	15
El Estado constitucional de derechos	16
El “buen vivir”	18
Los derechos de la naturaleza	19
Gobernanza y construcci3n de pol3ticas p3blicas.....	21
CAPÍTULO II.....	25
LA POLITICA MINERA EN EL ECUADOR: PERÍODO 1991 - 2008.....	25
La actividad minera en el Ecuador.....	26
La naturaleza de la actividad	26
Actores.....	27
Tensi3n entre los actores	31
El contexto de la constituci3n de 1998 y las reformas legales	32
El r3gimen de propiedad de los recursos mineros y su sistema de aprovechamiento.	33
El nuevo paradigma: el buen vivir	35
La reforma democr3tica del Estado: a la b3squeda del tiempo perdido.....	36

Antesala de los debates constitucionales.....	36
Las políticas públicas mineras y el efecto de adecuación.....	42
Reflexiones previas.....	48
CAPÍTULO III.....	50
POLÍTICAS PÚBLICAS MINERAS Y NEOCONSTITUCIONALISMO.....	50
Introducción.....	50
Los paradigmas a debate.....	51
La Constitución ecuatoriana, ¿herramienta para la gobernanza en el sector minero?	53
Primeras contradicciones: discrepancias y problemas en la construcción de	
gobernanza interactiva.....	54
El nudo gordiano de la Constitución del 2008.....	59
Debilidad estatal: ¿Alas de Icaro?.....	60
El desafío del neoconstitucionalismo en el Ecuador.....	62
La Ley de Minería del año 2009: ¿un intento de generar política pública minera en	
gobernanza interactiva?.....	64
Primeros anuncios de un naciente debate.....	65
Reflexiones finales: incompatibilidades u oportunidades.....	67
¿Es posible la gobernanza en el sector minero?.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	70
ANEXOS.....	76
1. Mandato Minero.....	76

RESUMEN

La presente investigación propone analizar a la luz de claves teóricas tres conceptos esenciales alrededor de los cuales gravitan los derechos en ella contenida: los derechos de la naturaleza, el buen vivir y la recuperación del rol del Estado como actor del desarrollo. Con esa orientación teórica, intentaremos explicar el caso particular de las políticas públicas en minería que se dieron en el período comprendido entre los años 2000 y 2008. Este análisis de caso nos permitirá establecer el desafío del Estado para la formulación de una política pública minera en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual las políticas públicas deben abarcar los tres conceptos anteriormente mencionados, llegando a la conclusión de que el desafío del Estado sobre la minería en el Ecuador, depende en gran medida de su capacidad de generar condiciones de gobernanza para lograr la expedición de políticas públicas que gocen de legitimidad y eficacia, condiciones mínimas para considerarlas adecuadas bajo la perspectiva de Fontaine.

INTRODUCCIÓN

La promulgación de la Constitución de 2008 en el Ecuador ha planteado un desafío para el Ecuador. Abogados y juristas siguen ensayando escenarios, causas y consecuencias respecto a la aplicación de una Constitución que ha sido catalogada como “extensa” o “demasiado explícita”. El paso del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, intercultural y plurinacional, sigue siendo un proceso que se descubre paulatinamente. Muestra de ello es el dilema respecto al manejo de los recursos naturales en el Ecuador, y particularmente, de los recursos mineros.

La historia del sector minero ecuatoriano desde el año 2000, fecha de la reforma legal que eliminó el pago de regalías al Estado por explotación de minerales y de la causal de extinción de derechos mineros, se ha mantenido más bien estable: no existió (hasta la promulgación de la nueva Constitución) una decisión de Estado respecto a la forma y objetivos del empleo de estos recursos naturales. Dicha concepción, sin embargo, se ha visto modificada por un quiebre de importancia a raíz de la expedición, por parte de la Asamblea Constituyente, del mandato que estableció una moratoria de las actividades mineras hasta inicios del año 2009 y la caducidad de varios derechos mineros, con base en argumentos relacionados con el abuso de la concesión minera existente en la legislación pertinente.

La Constitución vigente plantea un modelo de desarrollo con un enfoque diferente que plantea visiones distintas respecto al manejo de los recursos naturales y el desarrollo. Esta visión, exige cambios en la forma de generar política pública en el sector del manejo de los recursos naturales. Se plantea entonces la necesidad de analizar las políticas públicas del sector, con la finalidad de determinar si las mismas están en línea con los preceptos y objetivos constitucionales, y definir si dichos objetivos son plausibles en la vida diaria del Estado y los objetivos de desarrollo.

De aquí nace el interés de investigar la relación que existe entre la política pública minera ecuatoriana y los nuevos preceptos constitucionales, comparándolos con las decisiones legales expedidas bajo los principios de la anterior Constitución, con el propósito de ver si es posible generar una gobernanza en el sector minero, a la luz de las

disposiciones constitucionales. Para el efecto, esta investigación pretende¹ plantear el análisis de tres reformas en la política minera vigente en el período 2000-2008, con la finalidad de establecer los límites y alcances de dichas reformas, y lograr, con estos ejemplos, mostrar la situación actual del recurso natural minero.

Dilucidar las condiciones que propone la Constitución vigente respecto a la formulación de la política pública en relación con un tipo de recurso natural, muestra, a primera vista, contradicciones con el precepto constitucional que prescribe los derechos de la naturaleza. Sin embargo, se observa que es la propia Constitución la que propone un escenario en el cual la misma sugiere transacciones cuyo fin es armonizar exigencias políticas de la función Ejecutiva, y su responsabilidad de garantizar los derechos constitucionales, que no sólo abarcan el respeto a los derechos de la naturaleza sino que también establecen mínimos básicos orientados a la satisfacción de servicios y derechos relacionados con el bienestar humano, prioritariamente.

No obstante, esta coexistencia de derechos en la Constitución debe ser vista como un mecanismo con un objetivo superior: el cambio de modelo de desarrollo. Desde esa premisa, la política pública minera es un medio para el paso de un modelo de extracción hacia otro en el cual se abandone el esquema de exportador de materia prima, para convertir al país en proveedor de servicios con valor agregado, sustentados en capital natural, según el Plan Nacional de Desarrollo para el Buen Vivir.

Pregunta central

En el contexto de los cambios en las políticas públicas del sector minero ecuatoriano, y frente a la nueva Constitución que plantea un modelo de desarrollo con características diferentes a las propuestas por la Constitución de 1998, interesa conocer si es posible formular políticas mineras con gobernanza, en el marco de un contexto en el que se propugna el cambio del modelo extractivista.

¹ A partir de claves teóricas que brinden explicaciones de los conceptos introducidos por la Constitución, como el buen vivir, los derechos de la naturaleza, el neoconstitucionalismo, la democracia jurídica, entre otros

Objetivos y metodología

El objetivo central de esta investigación es establecer las implicaciones en la gobernanza de la generación de una política pública minera en el marco de Constitución que plantea un nuevo modelo de desarrollo.

Para ello, se parte de una comparación de dos momentos específicos en los cuales se reformó la normativa minera y por ende la política: los años 2000 y 2008. Este análisis permitirá determinar las condiciones de tipo estructural planteadas en las Constituciones. Desde esta perspectiva, se establecerá un marco teórico relacionado con los modelos de desarrollo que condicionaron las reformas: el modelo neoinstitucional y el modelo neoconstitucional. Este análisis permitirá establecer las características que se imponen a la formulación de políticas públicas desde varios enfoques: la gobernabilidad y gobernanza. También es necesario establecer, desde la teoría, el problema que la conciliación de alternativas de desarrollo puede generar, mediante el análisis constitucional vigente de los derechos del buen vivir y los derechos de la naturaleza, y la recuperación del rol del Estado en su desarrollo.

El presente trabajo plantea, en una primera parte, una revisión teórica de las características mencionadas en el anterior párrafo, que permitirá brindar un marco conceptual, para en una segunda parte, elaborar un análisis normativo bajo el cual se desarrolló la actividad minera en el Ecuador, y particularmente, en dos reformas que acarrearón el mayor número de cambios en cuanto a la acción del Estado en el sector: la reforma introducida por la Ley No. 126 del año 2000, y la expedida en el año 2008 por la Asamblea Constituyente. Luego, se abordará el análisis de limitaciones constitucionales respecto al desarrollo del sector minero ecuatoriano, entendidas como los fundamentos del modelo de desarrollo propuesto por la Constitución vigente, así como aquellos relacionados con la formulación de la política pública. Finalmente se establecerán las relaciones que existan entre el nuevo modelo constitucional y los retos que implicará para el Estado generar una política minera en un contexto de gobernanza.

En esta investigación se analizarán las políticas mineras expedidas en el Ecuador durante el período 1991-2008. En este caso, entenderemos como expresiones de política minera a la normativa legal expedida por parte de autoridades competentes. Interesa averiguar sobre la incidencia real de estas políticas públicas no sólo para el sector

minero, sino establecer los esquemas básicos de un marco indicativo para el naciente neoconstitucionalismo que se aplica en el Ecuador: determinar si las condiciones constitucionales vigentes permiten la formulación de políticas que garanticen un mínimo de gobernanza sectorial.

CAPÍTULO I EL QUIEBRE DE LA CONSTITUCIÓN

Introducción

El 16 de abril de 2008, la Asamblea Constituyente del Ecuador, a cargo de la redacción de una nueva Constitución, expidió el Mandato Constituyente No. 6, más conocido como el “Mandato Minero”. Previo a esto, varias organizaciones sociales e indígenas se movilizaron hasta la sede de la Asamblea para manifestar su apoyo al mismo. Este mandato, entre otras cosas, dispuso el congelamiento total de las actividades mineras, así como una revisión de todas las concesiones otorgadas para el desarrollo de la actividad. El entonces Presidente de la Asamblea Constituyente, Alberto Acosta, denunció durante su discurso en el debate de dicho mandato, la flexibilización de las condiciones de otorgamiento y mantenimiento de concesiones mineras que poco a poco generó rechazos crecientes que escalaron en conflictos socio-ambientales ligados con dicha actividad. En su intervención del 18 de abril de 2008, en la discusión de la expedición del Mandato Minero, habló de “hemorragia de concesiones” refiriéndose a las condiciones en las que se otorgaban las mismas, añadiendo que “lamentablemente, muchas empresas mineras se han especializado en dividir a las comunidades (...) en algunos sitios vivimos al borde de la guerra civil” (Asamblea Constituyente, 20008b:49).

De manera casi paralela, el Presidente de la República Rafael Correa manifestó el interés del Gobierno por desarrollar la minería en el país, basado en las estimaciones de reservas de minerales. Esta postura ha sido muy criticada por los movimientos indígenas y ambientalistas opuestos a esta alternativa (Diario Hoy, 2009). El desarrollo del sector ha tenido un peso pequeño hasta la fecha: según las cifras del Banco Central del Ecuador (BCE), la minería en la economía ecuatoriana ha representado el 0.4% del PIB desde el año 2002 a 2007 (Banco Central, 2009).

El mandato minero revisó esencialmente los cambios originados en la reforma a la Ley de Minería del año 2000, en los cuales se eliminó la regalía a la explotación de minerales. En el año 2000, la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana (Registro Oficial No. 690 del 18 de agosto de 2000) introdujo cambios en varios sectores de la economía, uno de ellos, la minería. Esto se sumó a que la rectoría en cuanto al tema ambiental en materia minera fue competencia del Ministerio de

Energía y Minas, cartera de Estado que tenía también a su cargo la concesión de derechos mineros.

Estas dos reformas (2000 y 2008) se realizaron bajo distintas Constituciones. En el primer caso, las reformas al sector minero se expidieron bajo el amparo de la Constitución de 1998, que calificaba al Estado ecuatoriano como un Estado Social de Derecho². El Estado Social de Derecho plantea como elemento principal la organización de “instituciones democráticas” que, al amparo de los derechos y libertades, “impulsan el desarrollo económico y social”. Este último elemento establece una de las finalidades y visiones del Estado Social de Derecho.

En el segundo caso, tanto el Mandato Minero como la Ley de Minería de 2008 se expidieron bajo la Constitución de 2008, que plantea un “Estado constitucional de Derechos y Justicia”³.

Se puede establecer diferencias en cuanto a la relación del Estado con sus objetivos. Por ejemplo, la Constitución de 2008 no establece los objetivos de desarrollo económico y social, pero sí la “construcción de una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y en armonía con la naturaleza”, e introduce además el concepto del “buen vivir”⁴.

Las diferencias de las visiones de marco constitucional que guiaron las reformas en el sector minero dan paso a la necesidad de determinar cómo se configura la política pública del sector.

² “Art. 1.- El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su Gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.”

³ “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

⁴ La Constitución establece las condiciones para la “consecución” del buen vivir en los artículos 277 y 278: “Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza; 2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo; 3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento; 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos; 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley; 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.

Art. 278.- Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde: 1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles; 2. Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental.”

Problemática de la investigación

Una hipótesis que justifica la investigación es que la nueva política pública minera se enfrenta a tres ideas básicas presentes en la Constitución: el buen vivir, los derechos de la naturaleza y la recuperación del rol del Estado. Estos tres conceptos, dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia deberían coexistir. Sin embargo, en el caso específico de la política minera, es necesario determinar si esto sucede. El artículo 85 de la Constitución⁵ señala como garantía constitucional la obligación de que toda política pública responda y garantice el “buen vivir”; que en caso de conflicto con derechos constitucionales deben reformularse o plantearse medidas alternativas; y, que se garantice la participación en todo el proceso de su formulación. Los derechos de la naturaleza, establecidos en los artículos 71, 72, 73 y 74 de la Constitución⁶ determinan que las condiciones en las cuales se exploten recursos naturales deben estar subordinadas al “derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”, e imponen al Estado la obligación de tomar acciones en el caso de que se destruyan ecosistemas. El artículo 317⁷ establece como obligación del Estado el cobro de regalías por la explotación de recursos naturales. Esto da paso a un análisis del valor de esta regalía como un vínculo entre el recurso y el Estado. El buen vivir, como planteamiento de la Constitución, está ligado muy de cerca con la corriente neoconstitucionalista. La formulación de la política pública que exige la Constitución determina la necesidad de propiciar acuerdos tendientes a una gobernanza, por ejemplo, la gobernanza interactiva planteada por Kooiman, en la cual se generan interdependencias entre muchos actores con intereses distintos (Kooiman, 2003: 11).

Tabla 1: Conceptos constitucionales y sus referencias en la Constitución vigente

El buen vivir	Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios
---------------	---

⁵ Para el texto completo del artículo, ver Tabla 1.

⁶ Para el texto completo de los artículos, ver Tabla 1.

⁷ Para el texto completo del artículo, ver Tabla 1.

	<p>públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.</p> <p>2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.</p> <p>3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.</p> <p>En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.</p>
Derechos de la naturaleza	<p>Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.</p> <p>Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.</p> <p>El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.</p> <p>Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.</p> <p>En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.</p> <p>Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.</p> <p>Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.</p>
Recuperación del rol del Estado	<p>Art. 317.- Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. En su gestión, el Estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la</p>

	conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.
--	--

Fuente: Constitución Política de la República del Ecuador. Elaboración: propia.

A continuación se plantean varias claves teóricas con el propósito de explicar la circunstancia ante la cual se encuentra el Estado respecto a la formulación de política pública y manejo de los recursos mineros en el marco de un Estado Constitucional de Derechos.

El neoinstitucionalismo como guión del ajuste neoliberal en la Constitución de 1998

La base del neoinstitucionalismo planteada por March y Olsen determina que las disposiciones relacionadas con la administración del Estado tienen un carácter prospectivo derivado de la percepción de que las decisiones relacionadas con el bienestar deben ser tomadas por las instituciones, con base en que éstas velan por el bienestar individual (Peters, 2003: 34). Otro aspecto importante del neoinstitucionalismo es que propone, como mecanismos para la implementación de sus propuestas, esquemas de incentivos y sanciones liderados por las instituciones, con la finalidad de reducir costos de transacción (Hira y Hira, 2000: 271).

Desde este esquema, la Constitución de 1998 establecía la existencia de un Estado Social de Derecho. Se puede así identificar un fenómeno que caracteriza una dicotomía entre la normativa constitucional y administrativa. Howe (2002) plantea que el salto desde una norma constitucional (de tipo categórico) hacia una norma administrativa (de tipo más discrecional) puede acarrear mayor precariedad en las relaciones de los administrados (en particular los más marginados) y la administración, ya que esta última puede propender hacia la consecución de objetivos de tipo económico, generando condiciones de mayor flexibilidad, provocando que los administrados malinterpreten la misma como una “autonomía liberal”. Sin embargo, la dicotomía se presenta al momento de confrontar la realidad jurídica con la necesidad de adaptación derivada de la realidad política, lo que implica el replanteamiento de algunos conceptos categóricos (Howe, 2002: 76).

La Constitución de 1998, siguiendo la clasificación de García Amado, se estructura con base en tres premisas, que son incompatibles con las del neoconstitucionalismo (Bernal Pulido, 2006:14); estas buscan:

- Establecer cosas claramente, bajo un esquema de tipo positivista, en donde las alternativas son mandar, prohibir o permitir.
- No decir nada sobre algunas cosas, en especial respecto a temas relacionados con el área privada de las relaciones jurídicas.
- Se encuentra una ambigüedad respecto a si dice o no algo respecto a ciertas cosas.

Estos elementos son básicos para comprender la diferencia del postulado de la Constitución de 1998 versus la de 2008. En el caso de la Constitución de 1998, las normas institucionales respondían a una aplicación taxativa del texto de la ley, reduciendo al máximo la interpretación extensiva de los derechos en ella contempladas. El alcance de las instituciones y de las decisiones de los funcionarios públicos estaba circunscrita por el tenor literal de los textos constitucionales, mismos que requerían de producción legal para su desarrollo. Por una parte, se identifica la limitación de interpretación de Howe (2002) a la que se suma una posición asumida por el funcionario, ligada al hecho de que su esfera de acción del derecho público está limitada a los planteamientos escritos de la ley. Desde esa perspectiva, el neoinstitucionalismo sustenta sus medidas en normas como la Constitución, en la medida en que, como lo menciona Carbonell (2010), la diferencia del neoconstitucionalismo con los planteamientos anteriormente detallados, radica en que éstos niegan específicamente el carácter de omnipresencia de la Constitución en cuanto a su alcance y peso interpretativo de los derechos. Esto presenta la condición de preeminencia de la norma constitucional sobre cualquier norma, incluso ante la ausencia de ella⁸.

⁸ Podemos citar la descripción de Prieto Sanchís respecto al legalismo, como el elemento que plantea la soberanía de la ley, que se vería lesionado por la justicia constitucional en un ejercicio de interpretación de la ley (Prieto Sanchís, (s/f): 2)

El proceso de modernización del Estado

El proceso de reforma y modernización del Estado, derivado de la implementación de políticas de ajuste estructural, apunta a la reducción o eliminación del déficit de la balanza de pagos, una continua mejora del crecimiento económico y el cambio de la estructura del gobierno que pueda causar interferencia a las dinámicas de mercado (Streeten, 1987: 1470). Este fue el esquema que se derivó de las directivas del consenso de Washington como directivas de reformas a ser implementadas por entidades financieras multilaterales. El Banco Mundial determinaba que “el Estado es fundamental para el proceso de desarrollo económico y social, pero no en cuanto agente directo del crecimiento sino como socio, elemento catalizador e impulsor de ese proceso” (Banco Mundial, 1997: 2).

En este sentido, la regalía es un ingreso derivado de la explotación de los minerales (la diferencia entre los costos y la progresión del ingreso). Su efecto también tiene vinculaciones con el régimen de propiedad de los recursos naturales por parte del Estado. Su eliminación tiene efectos de tipo institucional, al eliminar la relación del Estado con el mineral extraído. La regalía en este caso, según lo que establecía la Ley de Minería No. 126, se configuraba como un monto que se cobraba basado en la producción, que era diferenciado y no tomaba en cuenta los costos. De ahí que la misma, según la regla de Solow, se debe reinvertir para mantener la disponibilidad del recurso por parte de generaciones futuras (Solow, 1973: 24).

La naturaleza de la actividad minera tiene características distintas a las de extracción de recursos naturales. Una de ellas es la aleatoriedad: la cantidad de operaciones que se requieren en el campo, uso de tecnologías, inversiones, etc., pueden determinar, en la fase exploratoria, que el desarrollo de un proyecto no sea factible. A esto se suma la incertidumbre de los precios de los minerales en el mercado, más aquellos ligados a grados de inestabilidad en el ámbito jurídico, económico y tributario (Ossa Bulnes, 1992: 10). Estas características se suman a la doctrina que el Estado emplee para organizar jurídicamente el régimen de la minería.

Ossa Bulnes distingue cinco doctrinas de organización jurídica de la minería: de accesión, regalismo, ocupación, *res nullius* y libertad de minas. El regalismo establece que el Estado es el dueño de las sustancias minerales y, por ende, tiene el derecho de realizar cualquier actividad derivada de dicho dominio. Los particulares, en este caso,

de querer realizar actividades mineras, deberán contar con la autorización del Estado. Otro elemento importante dentro de este concepto es el que éste admite varias formas de explotación de las minas, entre las que se encuentra la explotación directa por parte del Estado, la explotación a través de licitaciones públicas, arrendamientos de las minas y a través de concesiones administrativas (Ossa Bulnes, 1992: 16).

Dentro del esquema de los planteamientos del neoinstitucionalismo y de la lógica del ajuste estructural, se ve que la regalía derivada de la extracción de un mineral tiene implicaciones de gran alcance. Para entender su importancia, es necesario enunciar el principio de equidad intergeneracional, en el cual se introduce un criterio de justicia ante el agotamiento de un recurso natural no renovable. Bajo este concepto, se propone la necesidad de invertir la renta proveniente de los recursos naturales no renovables en capital reproducible, según lo que establecen las explicaciones de Solow y Hartwick (Dasgupta y Mitra, 2002: 2).

Queda la duda sobre los efectos directos de tales reformas neo institucionales que buscaron la “liberalización” de los mercados, ya que las políticas impositivas que otorgan reducciones o eliminaciones de impuestos pueden agravar o aumentar las tasas de extracción, causando mayores externalidades (Muzondo, 1993:156). El planteamiento, en este caso, se fundamenta en que este tipo de ajustes de corte estructural derivados del neoinstitucionalismo establecen parámetros de tipo ideológico respecto a la visión del Estado, no sólo frente al desarrollo de un sector específico de la economía, sino también respecto al modelo de desarrollo. Desde ese punto de vista, se definiría como objetivo el atraer la inversión en minería mediante la reducción de costos de la industria.

El Ecuador ávido de gobernabilidad

Fontaine y Velasco (2009) plantean a la gobernabilidad como una herramienta de regulación ante “conflictos que nace (sic) de un desfase entre las respuestas del Estado y las expectativas de la sociedad, mediante la negociación e institucionalización de arreglos” (Fontaine y Velasco, 2009: 10). En esa perspectiva, es importante analizar algunos fundamentos que aclaren el rol de esta herramienta en las orientaciones del Estado para la formulación de la política pública.

Foucault propone la gobernabilidad bajo tres concepciones:

1. El conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que permiten el ejercicio de una forma muy específica y compleja de poder cuyo objetivo es la población, bajo la forma de economía política que emplea como medios a aparatos de seguridad
2. La tendencia bajo la cual, durante un largo período en occidente, ha conducido de manera estable hacia la preeminencia de este tipo de poder por sobre otras (soberanía, disciplina, etc.), mismo que puede ser definido como gobierno, resultante de, por un lado, la formación de una completa serie de aparatos gubernamentales, y por otro, el desarrollo de un conjunto completo de *saberes*
3. El proceso, o más bien, el resultado de un proceso, a través del cual el estado de la justicia de la Edad Media fue transformándose en un estado administrativo durante los siglos XV y XVI para ‘governabilizarse’ gradualmente. (Foucault: 1991:102)

Esta concepción permite comprender la idea base del concepto de gobernabilidad en el seno del Estado liberal y, por ende, su uso como herramienta para el marco de reformas de corte neoliberal del Estado, y en particular asociarlas a procesos neoinstitucionales (Prats, 2003: 7).

Prats (2003: 1) identifica una progresión en la concepción del concepto de gobernabilidad. Un primer momento en donde se la entendía como la distancia existente entre demandas de la población y la capacidad de las instituciones del Estado por responder a ellas. Otra concepción posterior propuso un concepto ligado a la consolidación de los estados democráticos, en función de su capacidad para evitar la autocracia por un lado, y por otro ampliar los derechos y oportunidades de las personas, siguiendo una corriente más liberal. Una tercera aproximación al concepto está más ligada con los organismos internacionales de desarrollo, dentro de una agenda orientada a observar los procesos democráticos internos y de convivencia política, la capacidad de los gobiernos para implementar y gestionar políticas públicas de manera eficiente y, finalmente, la idea del respeto de los ciudadanos al Estado de Derecho, en la medida en que estos cumplen con la ley y las instituciones. La cuarta aproximación al término se deriva de los mecanismos de toma de decisión por intermedio de “redes multinivel” en las instituciones de la Unión Europea (Prats, 2003: 2).

Kooiman, posteriormente, propone una definición de gobernabilidad explicándola como “la calidad de gobernar interacciones de una entidad o sistema

sociopolítico como un todo” (Kooiman, 2003: 231). Esto muestra cómo la concepción de la gobernabilidad cuenta con variables recurrentes tales como la idea de instituciones y mecanismos orientados al control o conducción de un conglomerado. Es importante no dejar de lado el concepto ligado al ejercicio del poder tal como lo plantea Foucault.

Con base en el análisis de Prats (2003: 245), se puede precisar que la gobernabilidad se refiere a los mecanismos de relacionamiento entre instituciones y actores políticos, y “se define por los procesos sociopolíticos y los contextos en los cuales se aplican y analizan” (Fontaine y Velasco, 2009: 7).

Oswaldo Hurtado (CORDES, 1999: 1) anota en “La ruta de la gobernabilidad” un enfoque centrado en la necesidad de una institucionalidad orientada a un buen funcionamiento de las instituciones políticas. En ese sentido, el objeto de la gobernabilidad se centra, tal como lo señala Kooiman, en la entidad sociopolítica, lo cual dista de la concepción de gobernanza que se analizará más adelante. Y más precisamente, Fontaine plantea que los problemas derivados de la falta de gobernabilidad tienen que ver con “procesos sociopolíticos bajo los cuales se formulan, implementan y evalúan políticas públicas” y que “enmarcan la acción social, económica y política, son de interés del régimen político, el grado de separación de poderes, el sistema electoral, la organización, la administración pública y los instrumentos de validación de decisiones institucionales así como los procesos de control y conducción” (Fontaine, 2009: 36).

La línea de la gobernabilidad, en este caso, reproduce el planteamiento del neoinstitucionalismo. En ese contexto se enmarcan las reformas que plantean la eliminación de las regalías y la flexibilización de las condiciones de otorgamiento y conservación de las concesiones mineras. Las reformas de este tipo, introducidas esencialmente en la Constitución de 1998, establecen el marco de tipo de modelo de desarrollo que al momento se determinaba como línea a seguir, y que caracterizaron las decisiones de política pública en el sector minero que apuntaron a la liberalización de las condiciones como vía para el crecimiento de un sector de la economía. Se pretendía que con la eliminación de la regalía, se lograría generar incentivos a la inversión en minería y obtener ingresos vía impuesto a la renta.

La Constitución de 2008: el neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo

El apareamiento de textos constitucionales que van más allá de la descripción de la estructura del Estado y sus competencias, incorporan un nuevo esquema de ordenamiento en función de una propuesta de nuevos objetivos distintos a los del Estado liberal, basados en derechos extensamente elaborados y descritos (Carbonell, 2010: 162) dan la pauta para el surgimiento de esta corriente del derecho constitucional⁹.

En estos Estados, la premisa esencial es la subordinación total de la legislación, el ordenamiento jurídico e institucional e incluso la voluntad política de sus actores a la Constitución (Pozzolo, 2010: 211). La construcción de constituciones bajo la premisa del neoconstitucionalismo aporta variaciones sustanciales al positivismo jurídico, y se diferencia del mismo en el sentido de que no se enfoca en la limitación del poder del Estado, sino que enfatiza la garantía de los derechos fundamentales (Comanducci, 2010: 179).

Este propósito se materializa a través de lo que Riccardo Guastini denomina la “constitucionalización del ordenamiento jurídico” (Carbonell, 2010: 166), proceso mediante el cual un ordenamiento jurídico se adapta a las siguientes condiciones: a) rigidez en la Constitución, en tanto y en cuanto existen principios que no pueden ser modificados bajo ningún motivo, incluido el de la reforma constitucional; b) que dicha rigidez implique, además, que se establezca un modelo de control y garantía constitucional que permita “constitucionalizar” a las leyes y al sistema jurídico en general; c) las normas constitucionales son directamente aplicables y vinculantes, incluso las programáticas y los principios; d) la interpretación extensiva de la constitución que posibilita deducir de ese ejercicio principios aplicables; e) la regulación de las relaciones entre el Estado y sus habitantes, así como entre particulares; f) un ejercicio de interpretación legal que adecua las leyes a la Constitución; y, g) y una aplicación e influencia de la Constitución en las relaciones políticas del Estado (Comanducci, 2010: 175).

⁹ Carbonell y Garcia Jaramillo (2010:31) mencionan un proceso en el cual se puede identificar un surgimiento de constituciones que amplían sensiblemente los límites de los catálogos de derechos y de los mecanismos constitucionales para su cumplimiento y exigibilidad, ligada a crisis de los sistemas democráticos en la región de América Latina.

Estos elementos distan de las categorizaciones anteriormente enunciadas respecto a la estructura y filosofía establecida en la Constitución de 1998, al amparo de un marco neoinstitucionalista. La aproximación neoconstitucional rompe con las limitaciones de interpretación identificadas en el escenario neoinstitucional.

El Estado constitucional de derechos

Es probable que las causas para la convocatoria a la redacción de una nueva Constitución en 2007 hayan sido las mismas que provocaron el proceso constitucional de 1998. García Amado señala que el surgimiento del neoconstitucionalismo se ha dado más por un problema de tipo político derivado de una creciente desconfianza frente a la legislatura (Bernal Pulido, 2006: 17), que agudizaría en este caso la observación de Howe respecto a la dicotomía constitucional y normativa reseñada anteriormente, que identifica, precisamente dentro de ese contexto, que el salto de la norma constitucional hacia la norma positiva se hace con una autonomía discrecional que acarrea una precariedad en la relación de los administrados y la administración.

Las diferencias esenciales se plantean desde la aplicación de los derechos per se. García Pelayo señala diferencias entre estos dos tipos de Estado, esencialmente en que, en el caso del Estado Social de Derecho, la ley prima sobre las instituciones y actos del Estado, y esa primacía se hace efectiva a través del funcionamiento de tribunales. En el caso del Estado Constitucional de Derecho, prima el principio de constitucionalidad en los actos del Estado, incluida la aplicación de la propia ley. Este Estado mantiene el principio de legalidad subordinado a la aplicación directa de la Constitución (García Pelayo, 1991: 33).

Zagrebelsky propone que el Estado constitucional nace de una transformación del derecho positivo derivado de cambios ideológicos que surgen de la crisis del Estado liberal, y su configuración se basa justamente, ya no en el Estado per se, sino en la Constitución que viene a ser un punto de partida para el desarrollo de proyectos políticos (Ansuátegui, 1993: 117-119). Se produce una “separación de la ley y los derechos (1993: 123) en la cual “el sistema jurídico está compuesto por normas y principios. Mientras que las reglas se identificarían con las normas legislativas, los principios lo harían con las normas constitucionales sobre los derechos y la justicia” (1993: 126).

Barberis reseña que la aparición del neoconstitucionalismo está ligada con “la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos” (Barberis, 2003:260).

De manera complementaria, Díaz Palacios recoge también importantes distinciones respecto al Estado social de Derechos y el Estado Constitucional de Derechos:

Muy a menudo se utiliza el concepto de Estado de Derecho para hacer referencia fundamentalmente al principio de legalidad, es decir al sometimiento del poder a leyes y normas previamente establecidas. En tal sentido, se afirma que hay Estado de Derecho en un país, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, este concepto resulta a todas luces insuficiente hoy en día, pues no basta con que las autoridades y el Estado ajusten su actuación a la ley en general, pues urge que también y a fundamentalmente que adecuen el ejercicio del poder a la Constitución.

El problema con el concepto de Estado de Derecho, es que no quedaba claro, si dentro de esta expresión, se comprendía a la Constitución. Es por ello que en doctrina, se distinguen dos conceptos, el Estado Legislativo de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. El primero, está centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política, el segundo centrado en la Constitución, reconociéndosele además de naturaleza programática, fuerza vinculante (Díaz Palacios, 2008:6).

Con la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador en octubre de 2008, el Ecuador (al menos en su definición) pasó de ser un Estado Social de Derecho a un “Estado Constitucional de Derechos y Justicia”:

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

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

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

Esta declaratoria tiene implicaciones de importancia ya que cambia de manera radical las visiones de la legalidad y lo que entendemos como Estado de Derecho. Esto plantea

cambios importantes, en la medida que, en función de las ideas planteadas por García Pelayo y Díaz Palacios, el Estado Constitucional de Derechos en el Ecuador genera una dinámica particular, en tanto y en cuanto este país se encuentra en el proceso de verificar las siete condiciones enunciadas anteriormente.

Las leyes, como tales, son secundarias en tanto que la Constitución puede no solamente ser aplicada directamente por cualquier autoridad, sino exigida directamente por cualquier persona ante un juez, sin la necesidad de mediar una ley. Si bien la Constitución de 1998 introdujo ya acciones para garantizar derechos ante decisiones del poder público, el alcance de las mismas estaba limitado a los derechos relacionados con las personas (incluyendo derechos colectivos), mas no a los derechos considerados de aplicación programática.

Estos fundamentos teóricos permiten determinar las bases del modelo del Estado. La idea más importante que se recaba es el cambio de visión del rol del Estado frente a los derechos de sus ciudadanas y ciudadanos. Su exigibilidad, sumada a la preeminencia constitucional que hace que la Constitución se aplique directamente, invalidando normas inferiores que puedan reñir con los derechos, genera un marco normativo que potencia el planteamiento del modelo de desarrollo, al menos desde el punto de vista teórico.

El “buen vivir”

Este es uno de los postulados centrales de la Constitución vigente. Los planteamientos nacen derivados de una crisis del estado liberal que Zagrebelski denomina un “desajuste de las características reales de los sistemas jurídicos” (Ansuátegui, 1993:117).

Esta idea complementa lo que Habermas (2001: 392-393) propone respecto al sistema de los derechos, en donde se manifiesta una tensión entre lo positivo de los derechos y su vigencia dentro de los sistemas jurídicos. La consecución o realización de los intereses públicos y privados no puede estar desligada entre sí, la uniformización de los objetivos del Estado no necesariamente refleja esa idea de “vida buena” que los individuos pueden tener (Habermas, 2001: 392).

Se configura, entonces, el punto de partida alrededor del cual se suman como fuente, autores del área andina que señalan que la concepción de la vida y los estándares a seguir no necesariamente responden a una visión única occidental, basada sólo en la

generación de riqueza como elemento motor de las sociedades. A esta idea se puede conectar el concepto de “proyecto reflexivo” de Anthony Giddens, que establece nociones de elecciones propias de estilos de vida alejados del individualismo, en función de la generación de identidades comunitarias basadas en la coincidencia de visiones de vida (Pérez de Guzmán: 1995: 180).

La propuesta del “buen vivir” en la Constitución ecuatoriana va de la mano con la identificación de la necesidad de un cambio en el modelo de desarrollo. Acosta plantea como base el concepto de las sociedades indígenas de respeto a la naturaleza, a una economía basada en lo solidario antes que en el mercado que redefine las relaciones del Estado con este último (Acosta, 2008: 33). Como medios para conseguirlo, la Constitución plantea que el “sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). El sine qua non del buen vivir es el goce de los derechos, pero extendiendo la concepción a los elementos económicos, interculturales, ambientales y participativos¹⁰. La inclusión del término “buen vivir” en la Constitución nace de una crítica al sistema neoinstitucional y a la política económica que centró sus objetivos en la acumulación (Cortez, 2009: 12).

Los derechos de la naturaleza

El concepto de derechos de la naturaleza se plantea en la Constitución de manera innovadora. Para su análisis, es importante determinar que dicha concepción rompe con el esquema positivista de las normas jurídicas, y proviene de lo que se puede catalogar como el “Derecho ecológico” como una derivación del Derecho ambiental, en tanto y en cuanto este último es una construcción en función de las necesidades de desarrollo de las personas y la sociedad. El Derecho ecológico vela por la protección de los derechos

¹⁰ Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*. El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente. El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.

de los ecosistemas (Stutzin, s/f: 101). El debate respecto a la necesidad de la existencia de un ente específico sigue aún vigente; sin embargo, Stutzin observa que es necesario que el Derecho evolucione en función de su propia naturaleza y finalidad, en la medida en que su rol es proteger y perseguir los fines de la justicia (Stutzin, s/f: 105).

Las motivaciones de la Asamblea Constituyente ecuatoriana para la inclusión de la figura de los derechos de la naturaleza en el texto no aportan mucho por esclarecer el debate o por plantear las justificaciones teóricas y filosóficas al respecto:

Pueden haber muchos argumentos para oponerse a la ‘elevación’ de la situación jurídica de la naturaleza, desde consideraciones jurídicas vinculadas al concepto de que el Derecho se limita a otorgar tutela y regula a las relaciones humanas, hasta las que, preocupadas únicamente en el beneficio económico (*sic*), argumentarán que hacerlo es una intentona por frenar el progreso, el desarrollo y detener el trabajo y el bienestar. Ahora como se ha visto, no hay argumento que valga, la naturaleza es requisito *sin equa non (sic)* para la realización de todas las actividades humanas... todas. Creer que otorgarle derechos a la Naturaleza es una entelequia es equivocado. Es una abstracción sí (*sic*), una ficción jurídica que refleja una realidad más profunda que el Derecho, que la sobrepasa pero que a través del Derecho le otorga la protección que se requiere (*sic*) y los mecanismos operativos para que esta protección opere. (Asamblea Constituyente, 2008:5)

La Mesa No. 1, encargada de la redacción de textos constitucionales referentes a derechos fundamentales y garantías constitucionales, no obstante, en su informe en el cual plantea la figura, la establece como un agregado necesario para

enfrentarse a otros derechos de nivel constitucional. Se busca en la práctica evitar la mala aplicación del principio de jerarquía y especialidad que permitiría pensar que los derechos económicos y de iniciativa económica sean considerados por sobre los intereses de preservación de la naturaleza.” (Asamblea Constituyente, 2008:6).

Esta afirmación se convierte en una de las claves más importantes para el desarrollo de la presente investigación. Es esta lógica la que nos lleva a pensar en el problema derivado de la necesidad o reto que tendrá el Estado en conciliar los derechos de la

naturaleza con aquellos de naturaleza económica en un modelo de Estado que propone un “sistema económico social y solidario”¹¹.

Gobernanza y construcción de políticas públicas

Conforme lo determinan Mejía y otros, en el Ecuador existen agentes no institucionales que pueden generar niveles de protesta y movilización popular con capacidad de modificar, bloquear e incluso recular propuestas de reforma (Mejía y otros, 2009: 63). El análisis de Mejía y otros concluye que “comparado con períodos anteriores, el nuevo proyecto constitucional: fortalece aún más el poder relativo y absoluto de los actores decisivos; neutraliza o bloquea el poder de los actores reactivos –con poder de veto–; y hace un esfuerzo por incorporar a los actores dirimientes”¹² (Mejía y otros, 2009: 212). Esta aproximación no toma en cuenta justamente a los agentes no institucionales anteriormente mencionados. Eso hace que dicho análisis asuma a la Constitución en una dimensión limitada a buscar condiciones de gobernabilidad, mientras que es importante en este caso preguntarse sobre las condiciones de la Constitución para la gobernanza.

Estos elementos son la base para la discusión teórica relacionada con el neoconstitucionalismo y las políticas públicas mineras. Nos interesa comprender ese sistema con reglas, acciones, mecanismos, acuerdos que tienen como fundamento cuestiones que van más allá de la sola autoridad sancionadora del gobierno (Mildward y Prowan, en: Peters y Pierre, 2006: 186).

Buchanan determina la importancia de los procesos de toma de decisión, en tanto y en cuanto estos reflejan precisamente una identificación con un interés público y las consecuencias de las alternativas excluidas dentro de una estructura institucional-política (Easton, 50: 1973). Esta aproximación da pie a una comparación de contextos constitucionales y políticos en los momentos de expedición de políticas públicas. En este caso específico, los contextos ideológicos constitucionales son clave para la formulación de la política pública. La Constitución, en su artículo 85, establece la siguiente obligación:

¹¹ Art. 283 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

¹² Los autores identifican a los actores decisivos con el Presidente, a los actores reactivos como la Asamblea Legislativa y actores dirimientes con organismos de control, y otras funciones del Estado (Mejía y otros, 2009: 214).

Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La disposición constitucional aquí establece un esquema en el cual las políticas públicas nacen de un proceso de negociación y acuerdo entre los actores específicos y el Estado como tal, con el objetivo de reducir potenciales conflictos (Fontaine y Velasco, 2009: 12). Por esta razón, resulta también interesante realizar un análisis de las políticas mineras para determinar si existe presencia o no de acción colectiva en ambos casos (Guy Peters, 2003: 35), o si prevalece una visión neoconstitucional de la política pública.

Kooiman también establece que las relaciones e interacciones socio-políticas deben ser comprendidas como un todo, y que el gobierno ha dejado de ser preeminente en la formulación de política pública para pasar a depender de otros actores sociales, para que dichas políticas públicas gocen de legitimidad e impacto (Osbourne, 2010: 6). Esta idea se completa con la introducción del “efecto de adecuación”, que liga la legitimidad y eficacia con la calidad de la gobernanza (Fontaine, 2009: 36), la cual puede verse reflejada en las reformas en la legislación minera del año 2000, así como en las de 2008. Nos interesa establecer si dichas reformas cuentan o no con esos dos criterios (legitimidad y eficacia). Este elemento es el que lleva a pensar en los conceptos

iniciales de la Constitución vigente, y si la adecuación planteada es posible en el sector minero y si las políticas actuales adoptan esos modelos.

El establecimiento de condiciones para la formulación de la política pública que exige la Constitución determina la necesidad de generar acuerdos tendientes a una gobernanza, que podrían asimilarse a la gobernanza interactiva planteada por Kooiman, en la cual se generan interdependencias entre muchos actores con intereses distintos (Kooiman, 2003: 11).

El fundamento teórico sobre gobernanza define las condiciones bajo las cuales se generan acuerdos para adoptar decisiones que puedan ser mantenidas a lo largo del tiempo. Esto implica necesariamente la generación de acuerdos entre actores. El rol de los actores en este caso particular es clave para comprender y establecer si existe o no un vínculo entre las reformas de política pública y la gobernabilidad y la gobernanza. Desde estas perspectivas, nos planteamos las interrogantes respecto a si, efectivamente, en lo referente a la política minera, la gobernanza y la manera en la cual se construye la política pública fue aplicada a la normativa minera vigente, *vis à vis* de la nueva Constitución y sus principios.

Las condiciones de formulación de políticas públicas, a la luz de las constituciones de 1998 y 2008, tienen dos visiones distintas de acuerdo con las aproximaciones teóricas reseñadas a lo largo de este capítulo. Con este análisis como punto de partida, se puede establecer en líneas generales que las orientaciones ideológico-políticas que marcan el alcance de los derechos y los objetivos nacionales basados en la Constitución de 1998 están identificadas con una propuesta dirigida a consolidar una economía social de mercado, en la cual se da un peso importante al establecimiento de condiciones mediante las cuales el Estado pueda desarrollar tales objetivos. El cambio de la Constitución de 2008 plantea, de la mano del neoconstitucionalismo, una propuesta mediante la cual los derechos constitucionales tienen un peso mayor y su aplicación se materializa directamente. Para ello, establece mecanismos de gobernanza en la formulación de políticas públicas para conseguir el objetivo de consolidar un modelo de Estado basado en la incorporación de tres dimensiones básicas: el “buen vivir”, los derechos de la naturaleza y una recuperación del rol del Estado como promotor de los derechos constitucionales. Con estos

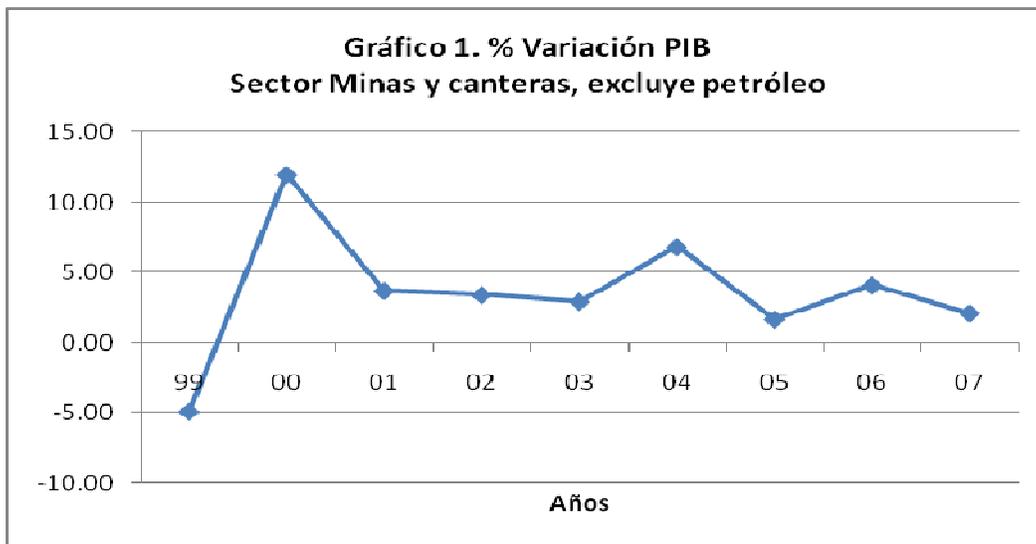
fundamentos, es necesario establecer, a continuación, la relación de estos conceptos con la problemática específica del sector minero.

CAPÍTULO II LA POLITICA MINERA EN EL ECUADOR: PERÍODO 1991 - 2008

La determinación de claves teóricas relacionadas con los mecanismos de establecimiento de políticas públicas y la definición de los marcos ideológico-políticos en los cuales éstas se originaron generan las condiciones necesarias para intentar explicar la formulación de política pública en el sector minero ecuatoriano. Se intentará en el presente capítulo presentar las condiciones específicas de la política minera en el Ecuador, vigentes en el año 2000, momento en el que, entre otras reformas, se eliminó el pago de a regalía²¹.

La variación del producto interno bruto en el período 1999-2007, muestra un cambio importante en 2000 que puede explicarse por el proceso de dolarización que se implementó en enero de ese año. Posteriormente, se dio una baja y relativa estabilización de los porcentajes de variación del PIB

Gráfico 1. Variación del PIB en sector minas y canteras



Fuente: Banco Central del Ecuador, años 1999 a 2007. Elaboración propia.

La información respecto a la recaudación del impuesto a la renta del período cuenta con la dificultad de que los reportes existentes del Servicio de Rentas Internas (SRI)

²¹ Consideramos que dicha reforma ha sido la de mayor relevancia desde la expedición de la Ley de Minería No. 126 en 1991.

incluyen dentro del sector “minas y canteras” a la explotación petrolera, lo cual distorsiona mucho la dimensión de la recaudación. Sin embargo, nos interesa en este caso particular determinar si las motivaciones para la expedición del Mandato Minero residen en argumentos ideológicos o técnicos.

De aquí la importancia de la recopilación de los argumentos teóricos que se identifican con el proceso de neoconstitucionalismo, el buen vivir y la recuperación del rol del Estado como actor protagónico del desarrollo. Esto permitirá, además, establecer si efectivamente el Mandato Minero y la Ley de Minería de 2008 se inscriben dentro de esa lógica. Asimismo es importante establecer la conformidad de dichas expresiones de política pública con otros elementos que manda la Constitución, vinculados con el proceso de formulación de políticas públicas. Las leyes promulgadas por la función Legislativa y los decretos ejecutivos son dos de las manifestaciones de política pública en las cuales se materializan decisiones específicas sobre la forma como se conducen sectores determinados.

En ese contexto, el objetivo de este capítulo es ubicar los procesos de reforma legal que afectaron al sector minero ecuatoriano en el contexto histórico-político, así como extraer las características más importantes de las mismas de manera sistemática, con la finalidad de identificar los cambios particulares y ubicar la corriente ideológica que los explica.

La actividad minera en el Ecuador

La naturaleza de la actividad

En el Ecuador, la minería se desarrolla en función de minerales metálicos y no metálicos, donde participan varios actores. Sandoval (2002: 481) identifica entre ellos, al Estado, las compañías mineras y la sociedad civil. Siendo una actividad reservada al Estado, el rol gravitante se centra en éste, y su aporte a la economía ecuatoriana es limitado. Sin embargo, el desarrollo de la explotación de minerales es significativo dentro de la economía nacional en cuanto motor para otros sectores (Sandoval, 2002: 502). La explotación de minerales metálicos tiene efectos que se limitan a economías locales, sobre todo en la zona sur del Ecuador, con significativos impactos negativos en lo social (Sandoval, 2002: 503). Eduardo Chaparro, Oficial de la División de Recursos Naturales e infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe

de las Naciones Unidas, determina que la concepción de que sólo existe pequeña minería en el Ecuador, convirtió al sector en un “sector endogámico que se reprodujo a sí mismo sobre la base de reproducir los conocimientos” (Chaparro, 28 de noviembre de 2009, entrevista).

A la fecha, el Estado como tal no ha generado proyectos mineros, siendo el sector privado el que los ha desarrollado en una escala mediana. Desde el punto de vista estatal, su presencia se materializa en varias instituciones que se analizarán posteriormente. El sector privado, lo conforman compañías ecuatorianas y extranjeras y mineros emprendedores de tipo artesanal, que pueden o no ejercer actividades de manera formal o informal.

Actores

La actividad minera ecuatoriana es pública y privada. El sector público minero cuenta en la actualidad con cuatro instituciones con diferentes roles, conforme lo establece su artículo 5: el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, que a través del Viceministerio de Minas es el encargado de la formulación de la política pública. Está además la Agencia de Regulación y Control Minero, el Instituto Nacional de Investigación Geológico-Minero-Metalúrgico y finalmente la Empresa Nacional Minera (Ley de Minería, 2009). La Tabla 2 muestra una comparación de sus roles, así como una comparación de la institucionalidad vigente con la Ley 126 y su posterior reforma del año 2000.

Tabla 2. Instituciones del sector minero

Norma	Rectoría y ejecución de políticas	Regulación y control	Investigación	Ejecución de actividades	Instituciones vinculadas
Ley 126	Ministerio de Energía y Minas		Corporación de Investigación Minero - Metalúrgica		Ministerio del Ambiente
Reformas Ley 2000	Ministerio de Energía y Minas		Corporación de Investigación Minero - Metalúrgica		Ministerio del Ambiente
Ley 2009	Ministerio de Recursos Naturales no Renovables	Agencia de Regulación y Control Minero	Instituto Nacional de Investigación Geológico - Minero	Empresa Nacional Minera	Ministerio del Ambiente - SENAGUA

Fuente: Ley 126, Reformas a la Ley año 2000, Ley de Minería. Elaboración propia

El rol del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables²² en cuanto formulador de política pública minera ha sido relativamente discreto, tomando en cuenta el peso que la actividad hidrocarburífera ha tenido en la economía nacional. Sin embargo, con el anuncio del descubrimiento de grandes reservas de minerales en el Ecuador que casi equipararían las reservas de petróleo del Ecuador (Ministerio de Energía y Minas, 2007: 7), su rol se convierte en estratégico visto el interés del Gobierno nacional para desarrollar proyectos de minería a gran escala. La producción de proyectos de ley, en tanto manifestaciones de política pública del sector, ha sido relativamente limitada. En función del ámbito de este estudio, se pueden identificar dos reformas de importancia en el marco legal minero desde la expedición de la Ley 126. Chaparro determina que el Estado no tuvo la capacidad suficiente para controlar, regular y fiscalizar al sector minero. Esta incapacidad pudo haber sido, según él, una de las razones que motivaron la eliminación de las regalías. El Ministerio, a pesar de haber recibido información importante derivada de cooperación internacional²³, la misma no fue utilizada para desarrollar el sector como paso lógico siguiente.

Adicionalmente, se pueden identificar tres elementos que generan problemas en la generación e implementación de políticas públicas: a) la poca estabilidad de los funcionarios en las dependencias a cargo del sector minero: los funcionarios cambian, y consigo, cambia el equipo de trabajo, las políticas y decisiones de anteriores administraciones²⁴ (Chaparro, 2009: entrevista). b) La ausencia de archivos que refleja la importancia de la persistencia de un cuerpo administrativo permanente: sin información, la generación de política pública es deficiente, y sin un cuerpo administrativo de funcionarios que la produzcan e interpreten, la permanencia de las decisiones es precaria. c) La falta de una institucionalidad fuerte que permita políticas y

²² Emplearemos genéricamente esta expresión que incluirá la anterior denominación de Ministerio de Energía y Minas.

²³ En este caso, el entrevistado se refirió específicamente a las actividades del Proyecto PRODEMICA, que contó con financiamiento del Banco Mundial, entre otros donantes.

²⁴ Chaparro da como ejemplo de esto al proceso de construcción del Plan Indicativo de Desarrollo Minero, mismo que fue abandonado. Menciona también que, por citar un caso, el Proyecto PRODEMICA, financiado por el Banco Mundial, no logró fortalecer la institucionalidad del Ministerio y sus acciones fueron de cierta forma autónomas, sin que ni siquiera los donantes se detuvieran a pensar en el problema.

estrategias a largo plazo. Como ejemplo, es interesante el notar que el 11 de septiembre de 2003, se presentó un Plan Nacional Indicativo Minero, que además contó con un comité de monitoreo y seguimiento²⁵. La falta de referencia a dicho plan deja en claro que no existe una política nacional clara inscrita dentro de una propuesta de desarrollo del sector.

El papel que la Asamblea Constituyente jugó previa la expedición del Mandato Minero y Ley de Minería fue crucial, con efectos importantes en el sector minero ecuatoriano. El Mandato Minero²⁶ pone otra vez en evidencia el problema de la indefinición por parte del Estado frente a la minería. Por una parte, se criticó en los debates la flexibilidad de la ley para otorgar concesiones, los incentivos perversos que ésta creaba para la especulación de las mismas y la ejecución de proyectos de minería a gran escala, y, por otra, se preconizó la importancia de la pequeña minería o minería artesanal, sin un previo análisis de su participación en los problemas ambientales. De igual manera, la Asamblea no generó ningún análisis previo del tema que de paso a una definición respecto a la actividad minera en el futuro del país. Es aquí en donde empiezan a entrar en tensión las disposiciones constitucionales respecto a la propuesta del “buen vivir, de los “derechos de la naturaleza” y, además, la apuesta por contar con un Estado fuerte que logre tomar decisiones necesarias en función de un plan de gobierno (siendo las perspectivas gubernamentales apostar por la ejecución de proyectos mineros a gran escala²⁷).

Por otra parte, el rol de los gobiernos autónomos descentralizados aún no está claro. Otro elemento de tensión de la Constitución reside en que, por una lado, se plantea la necesidad de un cambio del modelo de desarrollo, pero por otro, los sectores sociales nacionales también exigieron un esquema de repartición de la renta de los ingresos por aprovechamiento de los recursos naturales. En este ámbito, la actual legislación da el derecho a recibir parte de los ingresos provenientes de la minería a municipios, y derecho a participar en las decisiones que se tomen respecto a actividades mineras en sus territorios.

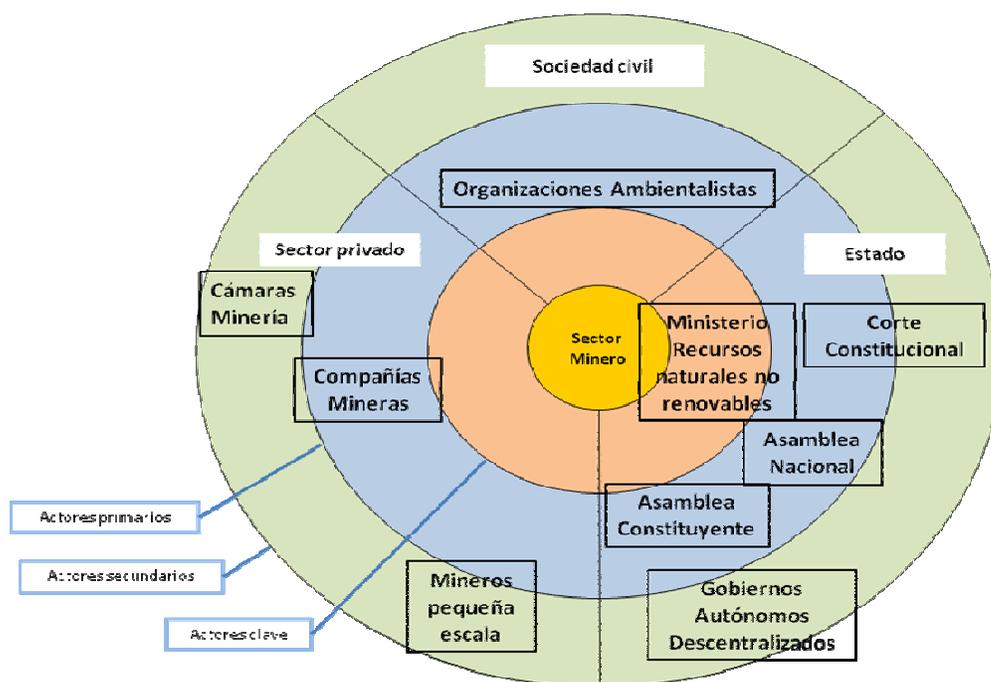
²⁵ Conforme lo establece el Acuerdo Ministerial No. 12, publicado el 4 de febrero de 2004 en el Registro Oficial No. 266.

²⁶ Se puede encontrar la totalidad del texto del mismo en anexo.

²⁷ Nota de prensa de *El Ciudadano*.

En el sector privado, están los promotores mineros que pueden ser compañías grandes o pequeñas, nacionales o extranjeras. En algunos casos, las compañías nacionales son compañías *junior* o filiales de compañías extranjeras que tienen por objetivo hacer actividades de exploración o de negociación de concesiones (Cisneros, 2008: 6), asociaciones de mineros formales²⁸ e informales²⁹. De igual manera, en el ámbito de lo privado, tenemos a los gremios de la industria minera. Chaparro identifica a las acciones de los gremios mineros tales como las cámaras de minería, poco efectivas, ya que no tuvieron un interés real de fomento de la actividad como tal, y acciones aisladas que realizaron con miras a reducir los efectos del mandato minero tuvieron poco impacto real (Chaparro, 2009: entrevista).

Grafico 2. Actores vinculados al sector minero por rol³⁰



²⁸ Que efectúan labores mineras contando con una concesión del Estado.

²⁹ La vigente Ley de Minería en su artículo 134 cataloga a estas actividades dentro de un régimen especial denominado “minería artesanal y de sustento”. Además, en su artículo 138, plantea la existencia de labores de pequeña minería en función de su volumen de explotación.

³⁰ Se consideran actores clave aquellos que tienen capacidad de decisión directa y capacidad de veto, los primarios aquellos que si tener una capacidad de decisión total, pueden influir considerablemente en las decisiones de los actores clave. Los actores secundarios no tienen capacidad de decisión, pero pueden mediante cabildos incluir elementos de agenda en el debate.

Fuentes: Sandoval, 2002; Chaparro, 2009; Ley de Minería, 2009. Elaboración: propia

En el caso específico de la posición de las Cámaras de Minería respecto al mandato minero, éstas mantuvieron una oposición continua al mismo, señalando que es inevitable que, de darse dicho mandato, se ahuyentaría cuantiosas inversiones en el sector minero a gran escala, vistos los problemas ligados con la falta de garantías jurídicas otorgadas por el anterior marco normativo (*El Diario*, 2008).

Se identifican también como actores de la actividad a organizaciones no gubernamentales de tipo ecologista (Sandoval, 2002: 483). Las visiones de la acción de estas organizaciones son distintas. Por un lado, su rol en la lucha contra el desarrollo de proyectos mineros a gran escala se confunde a veces con la propia dinámica de los movimientos sociales y comunitarios, que en muchos casos gozan de mayor legitimidad (Bebbington y otros, 2007: 213).

Tensión entre los actores

Desde este aspecto, y en función del debate circundante a la elaboración de la nueva Constitución, la promulgación del Mandato Minero, la formulación del Plan Nacional de Desarrollo y la acción misma del Gobierno en la necesidad de implementar las disposiciones constitucionales, surgen tensiones que pueden explicarse, por una parte, por la presión social existente sobre el Legislativo (y en este caso particular, los constituyentes) y el Ejecutivo para procesar no sólo las demandas de la sociedad, sino de incorporar a la vida diaria de los ciudadanos y ciudadanas las decisiones plasmadas en la Constitución.

Siendo una responsabilidad directa y visible del Ejecutivo la consecución de resultados, ligados a una presión social posconstituyente, el Gobierno central requiere establecer sus estrategias para implementar y ejecutar un plan de desarrollo que proponga un cambio de modelo de desarrollo. Es así que esta instancia, en función de lo dispuesto por el Mandato Constituyente Minero, envía a la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Minería. Dicho proyecto propone la regulación de la actividad minera como principal elemento para desarrollar los proyectos de minería a gran escala, tal como lo planteó el propio Presidente de la República.

Una gran parte de los representantes elegidos en la Asamblea Constituyente permanecieron como parte de una Comisión de Legislación y Fiscalización que se mantuvo en funciones una vez que la primera cesó en sus funciones al haberse cumplido su plazo de existencia. El debate de la Ley de Minería en ese contexto opuso a las dos funciones del Estado. La Ley de Minería fue una de las primeras pruebas dentro de la nueva institucionalidad del Estado, en la cual se evidenciarían los conflictos en la formulación de política pública, sobre todo respecto a la visión del modelo de desarrollo y al dilema del cumplimiento de los derechos constitucionales.

El contexto de la constitución de 1998 y las reformas legales

El texto “La ruta de la gobernabilidad” planteó en 1999 que uno de los problemas más importantes en el Ecuador es la dificultad para lograr condiciones de gobernabilidad que permitan generar estabilidad en el país:

Las experiencias de este último período de vida democrática, que va de 1979 hasta el presente –el lapso más largo de continuidad democrática que haya vivido el país- indican claramente que el Ecuador sufre de una serie de entramientos en su capacidad de gobernarse que han impedido que progrese satisfactoriamente económica y socialmente y que construya la sólida institucionalidad que es necesaria para el funcionamiento eficiente del sistema político (CORDES, 1999: 1).

Más aún, Osvaldo Hurtado³¹, en el prólogo de dicho libro establece que varias de las soluciones propuestas en el texto fueron incluidas en la Constitución de 1998 y que las mismas solucionarían los problemas de gobernabilidad en el Ecuador:

Una vez que ésta (la Asamblea Constituyente) se hubo reunido, los investigadores de CORDES presentaron los resultados de las investigaciones realizadas, discutieron sus contenidos en el seno de las distintas comisiones especializadas y en el Plenario, y prestaron asesoría a sus miembros, contribuyendo a que su trabajo se orientara en la perspectiva de los principales problemas de gobernabilidad de la democracia ecuatoriana. Las positivas reformas realizadas por la Asamblea Constituyente fueron posibles gracias a la elección de un grupo de representantes que compartían las reformas política y económica que demandaba la democracia ecuatoriana, a la conformación de una mayoría, a los consensos que en algunos puntos se lograron y, quizá a mi elección para presidirla. La Asamblea

³¹ Osvaldo Hurtado fue Presidente de la República del Ecuador de 1981 a 1984 y presidió la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de 1998.

Constituyente aprobó casi todas las instituciones y normas a las que me he referido en los párrafos anteriores, con lo cual la nueva Constitución ha resuelto algunos de los más importantes problemas de la gobernabilidad de la democracia ecuatoriana que conspiraban con su buen desempeño y limitaban la eficiente gestión de las políticas públicas (CORDES, 1999:xix).

Bajo esta concepción, la Constitución de 1998 definió un modelo de desarrollo orientado hacia la construcción de una economía social de mercado. Además, según el análisis anteriormente citado, se pretendió establecer un esquema institucional que generara condiciones para mejorar la gobernabilidad.

El régimen de propiedad de los recursos mineros y su sistema de aprovechamiento.

Si revisamos los textos de los artículos 408 de la Constitución vigente y 247 de la antigua Constitución de 1998, se puede determinar que el régimen aplicable en el Ecuador ha sido y es el del regalismo, siguiendo la línea de análisis de Ossa Bulnes (1992), ya que en ambos casos se reivindica la propiedad del Estado sobre los productos del subsuelo y yacimientos minerales.

Tabla 3: Artículos 408 y 247 de las constituciones de 2008 y 1998

Artículo 408 Constitución 2008	Artículo 247 Constitución 1998
<p>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, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico.</p> <p>Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.</p> <p>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.</p> <p>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.”</p>	<p>Art. 247.- Son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.</p> <p>Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.</p> <p>Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.</p> <p>Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescriptible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.”</p>

Fuente: Constitución Política del Ecuador, Años 1998 y 2008. Elaboración propia

De esto se deriva el primer elemento que nos permitirá comparar los sistemas jurídicos: ¿qué tipo de mecanismo utiliza el Estado para explotar sus recursos naturales? Aparece entonces la figura de la concesión minera. Catalano establece que:

Entiéndese por concesión minera el acto por el cual el Estado, dueño originario de las minas, reconoce en virtud de una disposición imperativa de la ley, un derecho de explotación sobre una zona de su patrimonio minero a favor de las personas que lo soliciten mediante el cumplimiento por parte de éstas de las condiciones legales correspondientes (Catalano, 1975:134).

Las características de la concesión minera son varias. En el caso del Ecuador, la legislación ha desarrollado el régimen de la concesión minera, misma que ha sido objeto de varias reformas (Tabla 4). Los elementos clave que deben ser observados son esencialmente su clasificación en cuanto a derechos (reales o inmuebles), los tipos de actividades permitidas, las causales de su terminación, su régimen de conservación y su régimen de regalías.

El artículo 7 de la Ley de Minería No. 126 publicada en el Registro Oficial No. 695 de 31 de mayo de 1991, a la cual en adelante nos referimos como Ley 126, establece que la concesión minera es un derecho real, inmueble, distinto e independiente de la propiedad de la tierra en que se encuentra, aunque ambas pertenezcan a la misma persona, oponible a terceros, transferible, transmisible y susceptible de hipoteca. Adicionalmente, esta ley contempla características tales como el régimen de regalías (Ruiz, 2001: 33). El Reglamento a la Ley 126 establece las condiciones operacionales y de aplicación de la entonces vigente Ley de Minería.

Las reformas a la Ley 126 introducidas por la Ley de Promoción a la Inversión y Participación Ciudadana, publicadas en el Registro Oficial No. 690 de 18 de agosto de 2000 y sus posteriores reformas son el punto de partida para el análisis de la evolución de la gobernanza ligada con los cambios en la estructura legal. Dichas reformas, como instrumentos de política, introdujeron cambios de tipo normativo que modificaron las condiciones de subsistencia del régimen de concesiones mineras en cuanto a las condiciones de caducidad de las mismas y al régimen de regalías para el Estado, fruto de la explotación minera.

Ya de manera específica, resulta interesante analizar los parámetros determinados por Polo Robilliard, que a la luz de su explicación, pueden también definir si las reformas realizadas encajan en los referentes de la “minería sostenible” al abarcar tres áreas: la económica, la ambiental y la social, todas interdependientes y con idéntico peso (Polo Robilliard, 2006: 8).

Al momento de la reforma del año 2000, el Ecuador atravesaba una crisis económica (CEPAL, 2000: 205), a lo que se sumó un período de reformas liberalizadoras de la economía, planteadas dentro de un modelo de desarrollo específico que apuntó a incrementar los niveles de inversión extranjera. La reforma del año 2000 eliminó las regalías para el Estado por actividad minera. En su lugar, se estableció el pago de patentes de conservación y de producción respecto a la concesión minera. El argumento para justificar dicha reforma fue que el Estado recaudaría ingresos mediante el pago de impuestos. Este fue uno de los argumentos más atacados en los debates de la Asamblea Constituyente, previos a la aprobación del Mandato Minero y enmarcado en un nuevo paradigma y modelo de desarrollo, de la mano con la introducción del Estado Constitucional de Derechos y Justicia³². No fue sino hasta la instalación de la Asamblea Constituyente que se puso en el tapete de discusión la posibilidad de la promulgación de un mandato que tratara el tema minero.

El nuevo paradigma: el buen vivir

La Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador (SENPLADES) generó entonces el Plan Nacional para el Buen Vivir. Éste introduce el “buen vivir” como un cambio de paradigma originado en una cosmovisión distinta (la indígena) que tiene como base a la comunidad en lugar del individuo, en la que además se amalgaman conceptos como los de Aristóteles (felicidad) (SENPLADES, 2009: 32). Este Plan se genera desde la función Ejecutiva, como una propuesta ideológico-política en la cual se materializan los objetivos de desarrollo, así como las vías para conseguirlo. Las directivas del Plan Nacional para el Buen Vivir implican un claro mensaje de la recuperación de la planificación y su rol para la definición de políticas públicas.

Para la implementación de este concepto, el Gobierno nacional plantea como alternativa una “estrategia nacional endógena y sostenible para el buen vivir”

³² También mencionado en la intervención de Alberto Acosta del 18 de abril de 2008.

(SENPLADES, 2009: 94) que apunta a la reducción de inequidades mediante decisiones de política pública que permitan salir de un modelo basado en agro-exportación y de aprovechamiento del petróleo hacia “una sociedad del bio-conocimiento y de servicios eco-turísticos comunitarios” (SENPLADES, 2009: 95). Esto nos muestra la intención del cambio de modelo de desarrollo.

La reforma democrática del Estado: a la búsqueda del tiempo perdido

La reforma de las instituciones fue uno de los pilares de los cambios constitucionales. Aparte de que se crearon dos funciones adicionales para el Estado ecuatoriano (Ruiz, 2008: 107), se planteó una fuerte reinscripción del rol del Estado en cuanto a la planificación y la formulación de políticas públicas, orientadas al cumplimiento de los derechos constitucionales. Este proceso se organiza a través de dos dimensiones: la democratización del Estado, mediante la cual se recuperan y fortalecen las capacidades reguladoras, planificadoras y de control; la construcción de un Estado plurinacional, de características policéntricas, desconcentradas y descentralizadas (SENPLADES, 2009: 353). Uno de los objetivos de esta aproximación es el establecer una “recuperación de lo público” (SENPLADES, 2009: 40).

Estos presupuestos, que habían sido mencionados en el Plan Nacional de Desarrollo del período 2005-2009, fueron los ejes que centraron el discurso de la Asamblea Constituyente en el debate de sus contenidos.

Antesala de los debates constitucionales

El planteamiento del buen vivir fue un elemento que se incorporó a partir del debate constituyente, al que se sumaron las propuestas de los derechos de la naturaleza y la recuperación del rol del Estado como protagonista del desarrollo, con un papel distinto al acostumbrado en la administración de los recursos naturales no renovables. Esto, visto el cambio de modelo de desarrollo que la Constituyente planteaba. Es de interés observar cómo el Mandato Minero y su discusión mostraban, de manera anticipada, las posiciones respecto a la tendencia ideológica que se evidenciarían a lo largo de los debates sobre las disposiciones constitucionales.

El Mandato Constituyente No. 6 fue presentado al Pleno de la Asamblea Constituyente por parte de la, en ese entonces Asambleísta, Beatriz Tola. En su intervención dijo:

Este es uno de los mandatos que más ha esperado el pueblo ecuatoriano, luego de vivir muchos años en el marco de un proceso permanente de entrega indiscriminada de concesiones mineras que no tuvieron en cuenta a las comunidades en donde se encuentran esos yacimientos mineros, que no tuvieron en cuenta los daños que esta entrega de concesiones mineras fueron entregadas (*sic*) y están en las manos de las transnacionales. Esta Asamblea Constituyente tiene hoy un reto histórico que es el de recuperar la soberanía del Estado sobre esos recursos (Asamblea Constituyente, 2008:12).

Parte fundamental del argumento de la presentación del Mandato es el hecho de que existe una “concentración de concesiones” en empresas mineras. No existe una mayor explicación respecto a los detalles sobre la nacionalidad de dichas empresas o el tipo de concesión otorgada. Otras exposiciones plantean que existe un problema relacionado con el sistema de otorgamiento de concesiones mineras (Asamblea Constituyente, 2008: 48). El análisis completo de las actas de discusión respecto al Mandato Minero no muestra ningún tipo de información adicional de tipo técnico que la sustente. Esto permite determinar que, en el presente caso, la decisión de política pública tuvo como elemento gravitante la fuerza política de una serie de actores políticos dentro de la Asamblea según el esquema que Easton propone, explicado en el primer capítulo de esta investigación. Ese sistema de toma de decisiones se puede asociar al mecanismo de la *policy window* de Kingdon, en la cual los “emprendedores” de políticas públicas identifican un momento para impulsar e incorporar dentro de la agenda política y de discusión su solución favorita o ideal (Kingdon, 1984: 166). En este caso particular, coinciden las visiones de desarrollo de los actores en el poder o mayoría en la Asamblea. El mismo ejemplo puede ser aplicado en el caso de las reformas del año 2000 a la Ley 126. El 18 de abril de 2008 se expidió el Mandato Constituyente No. 6 por parte de la Asamblea Constituyente. En éste, se establecieron disposiciones que extinguieron derechos mineros así como una moratoria de las actividades y de otorgamiento de concesiones. Estos procesos implicaban una revisión de las

concesiones existentes, estableciendo limitaciones en cuanto a la titularidad de más de dos concesiones mineras.

Tabla 4: Reformas al régimen de concesión minera en el período 1991-2008

Ley	Tipo de derecho	Actividades contempladas	Conservación del derecho - extinción	Causales de terminación	Regalías/patentes
Ley 126 (1991)	Derecho real e inmueble	Exploración y explotación	Arts. 101 al 105 Cumplimiento del plazo Reducción y renuncia Caducidad: por falta de pago, por inactividad, daños y utilización indebida de recurso. En exploración caduca por no iniciar trabajos y daños al medio ambiente Nulidad: Daño sistema ecológico y falta de pago de patentes	Art. 65: Incumplimiento de Obligaciones laborales, seguridad e higiene minera, resarcimiento de daños y perjuicios, iniciación de trabajo, no suspensión de labores Comprobación labores Conservación hitos demarcatorios Mantenimiento acceso a registros Preservación medio ambiente	Art. 160: <u>Patentes</u> : 1000 sucres por ha. Minera, por adelantado por la totalidad del plazo, reajusta variación índice de precios Art. 161 <u>Regalías</u> 3% sobre valor de la producción bruta de todas las sustancias minerales
Reformas a Ley 126 Ley de Promoción a la Inversión y Participación Ciudadana (2000)	Derecho real e inmueble	Todas	Falta de pago de patentes	Los mismos, menos los relacionados con afección ambiental	Patentes: Año 0-3 1,0 US\$ Año 4-6 2,0 US\$ Año 7-9 4,0 US\$ Año 10-12 8,0 US\$ Año 13- adelante 16,0 US\$ No regalías
Ley de Minería (2009)	Derecho personal	Todas, se firma contrato de explotación terminada la fase exploración avanzada	Afección ambiental Falta de pago de patentes y regalías, no presentación de informes, explotación no autorizada, alteración de hitos, daño patrimonio cultural, violación a derechos humanos		Patentes: 2,5 por ciento de una remuneración básica unificada (RBU)/ha. minera concesionada. Aumenta 5% de una RBU/ha minera concesionada para exploración avanzada y evaluación económica del yacimiento. Etapa de explotación: patente de conservación equivalente al 10% de RBU/ ha. minera concesionada. Regalías: Equivalente a % sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, no menor al 5% sobre las ventas mas impuestos

Fuentes: Ruiz, 2001, Ley 126, Reformas a la Ley 126, Ley de Minería del 2009. Elaboración propia

Tabla 5. Resumen de reformas y disposiciones introducidas en el Mandato No. 6

	Disposición	Alcance
Considerandos	4. La explotación de minerales estará (sic) condicionada a las obligaciones legales para la protección del ambiente y derechos colectivos y al pago de patentes y regalías	Hace referencia a la reforma legal del año 2000 en la cual se eliminó la causal de caducidad del título de concesión por afección ambiental y el pago de regalías.
	5. Necesidad de reducir potenciales impactos ambientales negativos provocados por actividades mineras	Presupone que el mandato cumplirá dicha necesidad
	6. Necesidad de que la actividad minera se desarrolle con un marco jurídico seguro y equitativo que limite acciones especulativas y concentración de concesiones en personas naturales y jurídicas	Plantea el desarrollo de la actividad minera, así como la existencia de actividades especulativas de concesiones.
	7. Reconoce a la minería artesanal como fuente de subsistencia que requiere de un marco jurídico	Diferencia la actividad minera industrial a mediana o gran escala de la minería e tipo artesanal
	8. Reconoce la necesidad de establecer procesos de ordenamiento territorial y de uso del suelo para recursos naturales	
	9. El marco jurídico vigente a la fecha es insuficiente, no responde a los intereses nacionales y establece que el mandato determina acciones transitorias hasta que se expida un nuevo marco legal, de conformidad con el nuevo modelo de desarrollo del país.	Presupone la incompatibilidad del marco legal vigente con los intereses nacionales a la fecha.

	Disposición	Alcance
Resolutiva	1. Extinción sin compensación económica alguna de las concesiones de exploración que no hayan realizado inversión alguna hasta el 31 de diciembre del 2007, que no hayan presentado estudios de impacto ambiental o que no hayan realizado procesos de consulta previa	Extingue las concesiones que no han realizado los estudios de impacto ambiental del caso. La presentación y elaboración de los mismos siempre fue obligatoria, sin embargo, en la reforma del año 2000, el no cumplimiento de la elaboración de dichos estudios dejó de ser causal de caducidad de los títulos mineros. En este caso, la disposición del mandato determina una restitución de la caducidad.
	2. Caducidad de concesiones que no hayan pagado las patentes de conservación conforme lo determina la Ley.	Refuerzo de una disposición legal existente y vigente a la fecha.
	3. Extinción sin compensación alguna de concesiones mineras otorgadas dentro del patrimonio de áreas naturales protegidas, bosques protectores, zonas de amortiguamiento, nacimiento y fuentes de agua	Disposición que modifica los términos de la Ley de Minería vigente a la fecha, que permitía el otorgamiento de concesiones en patrimonio forestal y zonas de amortiguamiento, previo informe favorable de la autoridad ambiental. Se incorpora la limitación de nacimiento de fuentes de agua. Dicha prohibición se recogió en la Ley de

	Minería expedida en el año 2009
4. Extinción sin compensación económica de las concesiones otorgadas en número mayor a tres a la misma persona natural o jurídica, a excepción de concesiones de minerales no metálicos en explotación.	Se establece una prohibición no contemplada en la ley, en la cual se prohíbe que una persona sea titular de más de tres concesiones de explotación de minerales metálicos
5. Extinción sin compensación otorgadas a quienes hayan sido funcionarios del Ministerio de Minas	Se aplica a funcionarios presentes o pasados del ministerio del sector, así como aquellas concesiones que hayan sido otorgadas inicialmente a estos exfuncionarios y transferidas posteriormente a terceros.
6. Moratoria en la entrega de concesiones hasta que rija (en aquella fecha) la Constitución y archivo de solicitudes.	Se aplica esta medida, ya que desde el punto de vista legal, la administración no puede suspender el trámite de solicitudes de concesión, ya que en este caso podría aplicarse un silencio administrativo, generando responsabilidades para el Estado. Esta disposición protege a la administración
7. Se exceptúa de las disposiciones a las concesiones de materiales de construcción, sin embargo, no deben estar inmersas en las prohibiciones causales de las anteriores caducidades explicadas.	Se limita el alcance vista la naturaleza de la actividad de la construcción.
8. Suspensión de las actividades de concesiones de minerales metálicos, salvo aquellas que se encuentren en explotación, quienes deberán renegociar su situación con la autoridad.	Dicha suspensión de actividades abarca solamente la suspensión del sector minero metálico, la cual, sumada a la moratoria del trámite de nuevas solicitudes de concesión, plantea una suspensión total de actividades de minería metálica.
9. Obligación por parte de la función legislativa de expedir una nueva ley que regule al sector en un plazo de 180 días desde la fecha de promulgación del mandato (18 abril 2008)	Vista la suspensión total de la actividad de minería metálica, se ata la misma a la necesidad de que la actividad se reactive con una nueva ley.
10. Excepción del mandato a pequeños mineros (menos de 150 hectáreas de concesión o 150 toneladas de producción diarias)	Primera excepcionalidad del mandato: se excluye a la minería considerada artesanal de la aplicación del mismo.
11. Creación de una empresa nacional minera	Dicha empresa llevaría a cabo las actividades de minería, ligada a las disposiciones que se recogerán posteriormente en la Constitución. Sin embargo, existía anteriormente una figura similar que nunca operó que era la Corporación de Investigación Minero-Metalúrgica
12. No a lugar de cualquier tipo de reclamo derivado de la aplicación del mandato.	Establece un “seguro” para el Estado ante reclamaciones judiciales contra él por afecciones de derechos adquiridos.

Fuente: Mandato Constituyente No. 6. Elaboración propia.

Este instrumento significó un quiebre de importancia en el desarrollo de la actividad en el sector. Entre las justificaciones del mismo, se planteaba esencialmente cómo las reformas habían hecho que el régimen de otorgamiento de concesiones así como la eliminación del pago de regalías fomentaran abusos por parte de los concesionarios en perjuicio de los intereses del Estado y a los derechos de comunidades afectadas.

La Ley Minera de 2008 permite establecer ya las diferencias de los modelos de desarrollo. Siguiendo la línea de la Constitución, se espera que la misma sea compatible con los lineamientos presentes, es decir, que sean armónicos con los derechos de la naturaleza, el rol del Estado y los derechos del buen vivir. Dicha ley pasó por una primera prueba de constitucionalidad. La Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) planteó una demanda de inconstitucionalidad de dicha Ley. La Corte Constitucional emitió una resolución desechando la demanda y estableciendo una “constitucionalidad condicionada” en algunos artículos, en la medida en que los mismos tuvieran una aplicación diferenciada en el caso de territorios de pueblos indígenas y comunidades. La resolución no plantea en ningún momento la cuestión respecto a la incompatibilidad de la actividad minera con asuntos relacionados al modelo de desarrollo o derechos de la naturaleza. Las demandas de la CONAIE en este caso se limitaron a un reclamo por la vulneración de derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas. La Corte también estableció la obligatoriedad de realizar procesos de consulta prelegislativa en el caso en que eventuales disposiciones o leyes tengan efectos en territorios indígenas (Corte Constitucional, 2010).

Las políticas públicas mineras y el efecto de adecuación

Si nos concentramos en el nuevo ambiente constitucional, las políticas públicas tienen un enfoque diferente. Siendo la Constitución la fuente primordial de las mismas, y con base en el principio del artículo 85 de este cuerpo legal, se establece como objetivo primordial la consecución del “buen vivir y todos los derechos”³³. Otra regla establecida

³³ Art. 85.- La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la distribución equitativa y

constitucionalmente para la ejecución de política pública se plantea en el Art. 154, en el cual se establece de manera privativa al Gobierno central (ministerios) la rectoría de las políticas públicas en los diferentes sectores³⁴.

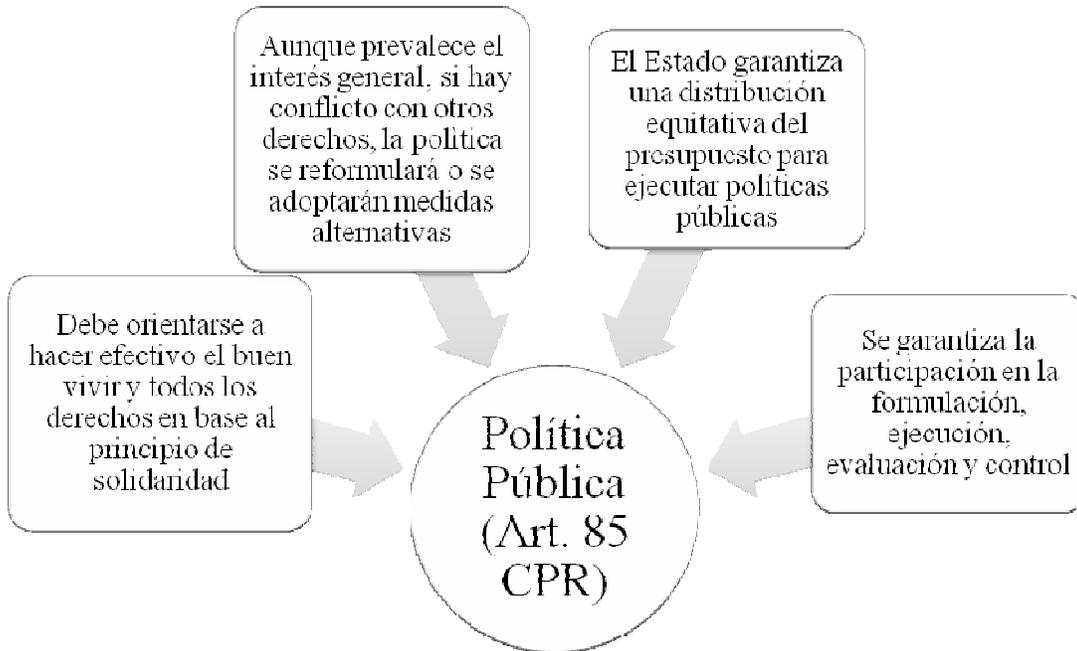
Tomando en cuenta esto, el ciclo de políticas públicas en el Ecuador en la actualidad adquiere una dimensión distinta al planteado en el anterior marco constitucional. En el caso actual, se mencionan reglas específicas y responsables directos. Dichas reglas también establecen límites en cuanto a la competencia, que a primera vista podrían mostrar una contradicción. El texto constitucional emplea la palabra “rectoría de las políticas públicas”. Por otra parte, en el mismo artículo 85, se establece que se garantiza la participación en su formulación, ejecución, evaluación y control.

Se plantea como convención un modelo básico de un ciclo de políticas públicas en el cual ocurren de manera consecutiva los siguientes pasos: establecimiento de agenda, formulación de política, toma de decisiones, implementación y evaluación (F Werner, Jann y Kai Wegrich, 2007: 43). Basados en este ciclo, se puede establecer un paralelo con la situación ecuatoriana. En la Tabla 3, se muestran las disposiciones constitucionales aplicables al manejo de los recursos naturales: las reglas que se plantean en la Constitución respecto al manejo de los recursos naturales establecen una primera limitación a la formulación de políticas públicas. A éstas, se suman otras condiciones vinculadas con la generación de política pública en general que proponen cuatro elementos básicos: a) orientación hacia la consecución del buen vivir y garantía de derechos constitucionales; b) prevalencia del interés general y, en el caso en que exista conflicto con otros derechos, la política deberá reformularse o buscarse medidas alternativas; c) distribución equitativa del presupuesto; y d) garantía de la participación en todas las fases de la política pública (Gráfico 3).

solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

³⁴ Art. 154.- A las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde: 1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión. 2. Presentar ante la Asamblea Nacional los informes que les sean requeridos y que estén relacionados con las áreas bajo su responsabilidad, y comparecer cuando sean convocados o sometidos a enjuiciamiento político.

Gráfico 3. Condiciones para la política pública según el Art. 85 de la Constitución.



Fuente: Constitución de la República del Ecuador (2008). Elaboración: propia.

Para tener presentes las condiciones del caso ecuatoriano en el ámbito del uso de recursos naturales no renovables (minerales), es necesario también determinar las condiciones o régimen de los recursos naturales para poder establecer un mapa que establezca los límites de la formulación de la política pública en ese ámbito. En la Tabla 3, se hace un mapeo de las disposiciones constitucionales que agregarían elementos a considerar en la formulación de política pública respecto a los recursos naturales, estableciendo en este caso las condiciones de adecuación de la política pública en el caso ecuatoriano. La Tabla además establece una comparación de las condiciones constitucionales respecto al manejo de los recursos naturales, con la finalidad de contar también con una idea de lo que la Constitución de 1998 planteaba como requisitos de política pública.

Tabla 6: Visión constitucional comparada de los recursos naturales no renovables

Criterio	Constitución 1998	Constitución 2008
Propiedad recursos	Propiedad inalienable e imprescriptible del Estado (Art. 247)	La propiedad de los recursos se determina como patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible del Estado como principio general (Art. 1, 317)
Administración de los recursos	No se especifica	Se establece como competencia exclusiva del gobierno central los recursos naturales (Art. 261)
		Reserva constitucional para el Estado de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos de manera ambientalmente sustentable (Art. 313). De control y decisión exclusiva del Estado
		Su gestión se hará a través de empresas públicas (Art. 315). Se puede delegar dicha gestión a empresas mixtas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria. Excepcionalmente se podrá delegar a la iniciativa privada (Art. 316)
		Prohibición de extracción re RRNN en áreas protegidas y en zonas intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente se puede explotar mediando una petición del Presidente, con declaratoria de interés nacional. Se refuerza este mecanismo con la posibilidad de llamar a consulta popular (Art. 407)
Derechos colectivos	Se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (Art. 84)	Participación en el uso, usufructo, administración y conservación de RRNN que se hallen en sus tierras (Art. 57)
Criterio para el uso	Fomento de la ciencia y tecnología para el uso sustentable de los RRNN (Art. 80)	El Estado debe priorizar la responsabilidad intergeneracional, conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otros ingresos relacionados (Art. 317)
	Manejo sustentable (Arts. 86, 97)	Minimizará los impactos negativos de carácter cultural, ambiental, social y económico (Art. 317)
	Asociación de gobiernos seccionales para el manejo de los recursos naturales (Art. 229)	Los mecanismos de producción, consumo y uso de los RRNN y energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad (Art. 408)

	Acceso preferente en el caso en que se limiten los derechos en áreas especiales (Galápagos) (Art. 238)	Acceso preferente en el caso en que se limiten los derechos en áreas especiales (Galápagos) (Art. 258)
Consulta previa	Art. 84 Num. 5: “Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen”	Se exige consulta obligatoria previa a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades respecto a aprovechamiento de RRNN en sus territorios y a participar de sus rendimientos. Además, se plantea la consulta ante la expedición de legislación que pudiere afectar sus derechos colectivos (Art. 57)
		Art. 61: Derecho a la consulta “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.”
Participación de renta	Gobiernos seccionales tienen derecho a participar de las rentas de aquellos recursos extraídos en sus territorios (Art. 251)	Derecho de los gobiernos autónomos descentralizados a que participen de las rentas obtenidas de la explotación de recursos naturales en su territorio (Art. 274)
		Derecho a participar de los beneficios obtenidos de explotación de RRNN en territorios de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (Art. 57)
Visión en función del modelo de desarrollo	Desarrollo sustentable garantizado por el Estado. (Art. 86). Especial atención en las provincias amazónicas (Art. 240)	Se emplean para el pleno desarrollo de los derechos e interés social (Art. 313)
		El estado participa de los beneficios derivados del aprovechamiento de los RRNN en un monto no inferior a los de la empresa que los explota. (Art. 408)

Responsabilidad jurídica respecto a los RRNN	Enfocado en el funcionamiento de la economía y las condiciones para su desarrollo (Art. 242)	En función del derecho a la restauración de la naturaleza, el Estado debe garantizar la restauración en el caso de impactos derivados de la explotación de RRNN
		Obligación de los ecuatorianos de defender los recursos naturales (Art. 83)
		Obligación del Estado de actuar inmediatamente para subsanar daños ambientales, con responsabilidad solidaria de los funcionarios responsables. Para ello se establece como elementos directamente relevantes: (1) el ejercicio por parte de grupos o personas de acciones judiciales independientemente de su interés directo. Se invierte la carga de la prueba recae sobre el gestor de la actividad o el demandado; (2) establecer mecanismos de prevención y control de la contaminación ambiental; (3) asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas. (Art. 397)
		“Art. 399.- El ejercicio integral de la tutela estatal sobre el ambiente y la corresponsabilidad de la ciudadanía en su preservación, se articulará a través de un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, que tendrá a su cargo la defensoría del ambiente y la naturaleza.”

Fuente: Constitución de la República del Ecuador de 1998 y Constitución de la República del Ecuador 2008. Elaboración propia.

Reflexiones previas

En este caso, la diferencia surge desde el enfoque de los tipos de Estado. El Estado de la Constitución de 1998 planteaba, conforme la definición de García Pelayo y Zagrebelsky, la necesidad de que los derechos en la Constitución deben contar con un conjunto de leyes instrumentales que permita que los derechos constitucionales puedan ser aplicados. Esta condicionalidad permitía que la función Legislativa en aquel entonces realizara un primer ejercicio interpretativo en la expedición de la ley, entendida además como decisión de política pública. En el caso del Estado Constitucional de Derechos, la relación cambia, la Constitución es la política pública y limita también a la función Legislativa.

La política pública minera está sujeta a un marco básico que delimita sus alcances. En el caso de la Ley de Minería de 1991 y las reformas a dicha ley del año 2000, el tipo del Estado y el modelo de desarrollo establecieron un marco de flexibilización de las condiciones para el otorgamiento de las concesiones mineras, además de la introducción de un incentivo que eliminaba el pago de regalías al Estado por la explotación de minerales, con la expectativa de un incremento de la recaudación del impuesto a la renta. Dichas políticas se enmarcan dentro de los parámetros establecidos para el ajuste estructural con fundamento en políticas neoliberales.

En el caso particular de la Constitución de 1998, no se pueden encontrar, dentro de sus disposiciones, determinantes de política pública en el caso de los recursos minerales, peor aún plantear debates en condiciones de gobernanza para la generación de política pública, tal como lo establece el Art. 85 de la Constitución vigente.

El proceso constituyente de 2008 planteó un nuevo modelo de desarrollo, con una visión orientada a la formulación de política pública más participativa de la ciudadanía. Este modelo asumió de una forma distinta el rol de los recursos naturales en el desarrollo del país. Las visiones del proceso de adecuación entre los modelos de desarrollo de 1998 y 2008 difieren. En el caso de la minería, es necesario determinar, ya en función del nuevo marco constitucional, si la Ley de Minería y el Mandato Minero están elaboradas de acuerdo con dichas metodologías de formulación de política pública, así como inscritas dentro de los tres planteamientos básicos (derechos de la naturaleza, el buen vivir y la recuperación del rol del Estado como actor del desarrollo).

Estos elementos de juicio permiten establecer varias de las características del sector minero ecuatoriano, y cómo el marco conceptual de dicho sector ha cambiado debido al nuevo modelo constitucional y objetivos del Estado. En este contexto, es importante que para el análisis no se pierda de vista el rol de los actores. Como se ha mencionado, la Constitución plantea una serie de condicionamientos para la formulación de la política pública, los cuales, sumados a los tres planteamientos del Estado Constitucional de Derechos (buen vivir, derechos de la naturaleza y una recuperación del rol del Estado), confrontan a los actores del Estado con reglas en la formulación de propuestas del aprovechamiento de los recursos naturales, y en particular, del sector minero.

En el próximo capítulo se intentará determinar si efectivamente dichas consideraciones se dan, y estableceremos los factores y condiciones de las decisiones actuales de política pública en el sector minero.

CAPÍTULO III

POLÍTICAS PÚBLICAS MINERAS Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Introducción

La Constitución ecuatoriana plantea un nuevo modelo político del Estado en el cual se establece una serie de reglas orientadas al aseguramiento del cumplimiento de los derechos. La doctrina constitucional señala como secundaria y hasta prescindible la normativa legislativa, en la medida en que ésta dificulte o retarde su aplicación. A estas reglas, se suma un conjunto de principios y condiciones para la generación de políticas públicas. En el caso del sector minero, se ha visto cómo estos, en el marco del Estado Social de Derecho, tuvieron influencias de corrientes neoliberales.

Tomando en cuenta la perspectiva de la nueva Constitución, además de establecer al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se propone un nuevo modelo político de desarrollo, estructurado alrededor de elementos tales como el buen vivir, los derechos de la naturaleza y una recuperación del rol del Estado como actor del desarrollo y garante de los derechos constitucionales.

El sector minero, en este caso, se convierte en un ejemplo para ensayar escenarios y las decisiones a las que se enfrenta el Estado ecuatoriano para cumplir con los preceptos de los derechos de la naturaleza, garantizar el buen vivir y todos los demás derechos constitucionales, tomando en cuenta además los procesos de participación ciudadana.

Sin embargo, no queda claro, desde el análisis de la vigente Ley de Minería y del Mandato Minero (como un anuncio de los contenidos de la Constitución que estaba en ese momento en construcción) la aplicación de los preceptos constitucionales actualmente vigentes respecto a la formulación de política pública, particularmente en cuanto al manejo de los recursos naturales.

Se intentará, a continuación, establecer cómo a la luz de los planteamientos teóricos recopilados en el primer capítulo y la reseña de la situación del segundo capítulo respecto al contexto y formulación de la política pública del sector minero ecuatoriano, la perspectiva de la misma en el marco de la nueva Constitución vigente.

Los paradigmas a debate

La nueva Constitución cambió el panorama por completo. Se trata de un nuevo modelo de Estado en el cual se priorizan sus intereses y necesidades, por un lado: la orientación de Gobierno que por el otro, apuesta por la minería, frente a otra que apuesta por una conservación y protección de los derechos de la naturaleza cerrando, por ende, las puertas a esta industria. Se plantea entonces el desafío para lograr un sistema que, si bien no logre armonizar los planteamientos del buen vivir, los derechos de la naturaleza y la recuperación del rol del Estado en la vida del país, al menos consiga condiciones de gobernanza mínimas, enmarcadas en la Constitución y los objetivos del Estado Constitucional de Derechos. Entre las reformas en la legislación minera del año 2000 así como en las de 2008, como expresiones de la formación de políticas públicas, demuestran cada una en su momento dos tipos de modelos de toma de decisión: en el caso de las reformas del año 2000, la decisión respecto a la aprobación de la reforma se dio en la función Legislativa, conforme la normativa vigente a la fecha. En el caso del Mandato Minero, el debate se dio al interior de la Asamblea Constituyente, pero contó con expresiones externas de movimientos sociales que apoyaron y fortalecieron el posicionamiento del tema en la agenda constituyente.

El esquema de la Constitución de 1998 establecía la existencia de un Estado Social de Derecho. Dentro de ese esquema, se puede identificar un fenómeno que caracteriza una dicotomía entre la normativa constitucional y administrativa.

Sin embargo, la dicotomía se presenta al momento de confrontar la realidad jurídica con la necesidad de adaptación derivada de la realidad política, lo cual implica el replanteamiento de algunos conceptos categóricos (Howe, 2002: 76). Esto da pie para ligar el modelo liberal de desarrollo con la constitución vigente a esa fecha. Esta idea complementa lo que Habermas señala respecto al sistema de los derechos, en donde se manifiesta una tensión entre lo positivo de los derechos y su vigencia dentro de los sistemas jurídicos (Habermas, 2001: 392-393). Esto devuelve a la idea de la incompatibilidad aparente que podría existir entre las tres ideas (el buen vivir, el rol del Estado y los derechos de la naturaleza) en el ámbito específico de las políticas mineras. Desde ese punto de vista, las condiciones de gobernanza se ven sujetas a un desafío por parte del Estado, en el cual éste debe formular alternativas lo suficientemente abarcadoras que permitan, en el caso actual, lograr un acuerdo mínimo respecto a la

explotación de recursos mineros. En el caso del año 2000, las reformas que se plantearon respondieron a una lógica de respuesta a crisis con un sesgo ideológico de corte más liberalizador de la economía y el mercado, pero cuyos efectos no fueron mayores y dejaron en un vacío a la actividad. Desde la óptica del institucionalismo histórico, una decisión sobre política mantiene su tendencia hasta que una fuerza política la desvía de la misma (Peters, 2003: 38).

La Constitución vigente establece condiciones para la formulación de la política pública. Estas exigen la necesidad de generar acuerdos que podrían asimilarse a la gobernanza interactiva planteada por Kooiman, en la cual se generan interdependencias entre muchos actores con intereses distintos (Kooiman, 2003: 11). Estos elementos son la base para la discusión teórica relacionada con el neconstitucionalismo y las políticas públicas mineras. En este caso, nos interesa comprender ese sistema con reglas, acciones, mecanismos, acuerdos que tienen como fundamento cuestiones que van más allá de la sola autoridad sancionadora del gobierno (Mildward y Prowan, en: Peters y Pierre, 2006: 186).

El problema se plantea a la luz de dos ópticas: una institucionalista, en la cual se intenta explicar cómo el ciclo de la política pública procesada dentro del sistema político evidencia una desconexión entre la realidad social y la realidad normativa. Al respecto, Simon plantea que las decisiones son una elección entre una serie de alternativas en función de preferencias (Easton, 40: 1973) y que dentro de ese proceso existan tres elementos: conocer las reglas de juego, plantear los principios que guían la acción política y fijar las condiciones que determinen las acciones que se escogerán (Easton, 2009: 43). Estos elementos determinan las condiciones de las instituciones respecto a la toma de decisiones, pero además aportan con la comprensión de los sistemas políticos y sus instituciones. En este caso, el Gobierno que respondía a una lógica de reformas de carácter neoliberal, y por otro lado, en el segundo elemento de la comparación, con la estructura de decisiones de la Asamblea Constituyente.

Cabe también preguntarse si el caso de la política minera ecuatoriana se enmarca en el patrón de la teoría de *path dependence*: las decisiones de política pública de los años 2000 y 2008 respondieron a lo que Mahoney denomina “trayectorias de desarrollo”, mismas que marcaron al sector definitivamente en una línea fija dentro de un modelo ideológico determinado (Mahoney, 2001: 111). De igual manera, es

importante también tomar en cuenta la especificación de Mahoney que establece que el fenómeno de *path dependence* “caracteriza específicamente a las secuencias históricas en las cuales eventos contingentes ponen en marcha a patrones institucionales o cadenas de eventos que tienen efectos determinísticos” (Mahoney, 2000: 507).

Finalmente, otro elemento a tomar en cuenta es que es importante analizar qué ocurrió durante el lapso entre las dos reformas, con la finalidad de identificar, de ser el caso, algún fenómeno que dentro del esquema del *path dependence* pueda explicar o no las reacciones de las “acciones colectivas”.

La Constitución ecuatoriana, ¿herramienta para la gobernanza en el sector minero?

Parte importante del análisis reside en la determinación de los métodos para la emisión de política pública. Las reformas a la Ley de Minería de 2000 fueron promulgadas por la función Legislativa. De manera concurrente, se vivía al momento una crisis económica que marcó la entrada a la dolarización. Desde esa perspectiva (coherente con el modelo de desarrollo de la época y con las políticas orientadas al ajuste estructural), es interesante observar cómo en el momento dichas reformas fueron incluidas en una ley que reformó a su vez varias leyes, todas por iniciativa del Ejecutivo. Dentro de ese esquema, vista la importancia en la economía de la minería, no existió mayor oposición (manifiesta al menos) en la expedición de tales normas.

Sin embargo, fueron escalando conflictos derivados de la explotación minera, particularmente de aquella ligada a la minería a gran escala. Los anuncios de futuros proyectos de explotación de minerales a cielo abierto generaron algunos conflictos ambientales, entre los cuales podemos citar el de la comunidad de Íntag y la empresa Ascendant Copper como uno de los más visibles. Cabe señalar que a la fecha no existía pronunciamiento oficial alguno respecto a la decisión del Estado de emprender en dichas actividades.

La gobernanza fue erosionándose paulatinamente en el sector minero. Ya con la convocatoria a la elección de representantes a la Asamblea Constituyente, se visibilizaron muchos temas en la agenda de los movimientos sociales. La presión social hacia la Asamblea Constituyente fue evidente y visible durante todo el tiempo en el que esta instancia operó. Fue el propio presidente de la Asamblea Constituyente de aquel

entonces, Alberto Acosta, quien anunció la necesidad de un mandato “que ayude a arreglar la situación de la minería. Nosotros vemos con angustia enfrentamientos sociales, un irrespeto a la sociedad, un irrespeto a la naturaleza” (Explored, 2009).

Primeras contradicciones: discrepancias y problemas en la construcción de gobernanza interactiva

La discusión en el Pleno del Mandato Minero, de lo que se puede recoger de las actas, no refleja ningún análisis a profundidad de la realidad del sector minero como se ha mencionado al inicio de la presente investigación. Para el efecto, en la Tabla 7 se realiza una clasificación de los argumentos enunciados durante el debate de dicho mandato, estableciendo para el caso una categorización de argumentos utilizados en las intervenciones de la siguiente forma: a) Control transnacional. b) Daño al ambiente, impacto social, afectación a comunidades indígenas. c) Datos técnicos estadísticos económicos investigación científica. d) Jurídico. e) Concentración de concesiones, ilegitimidad u obtención fraudulenta. f) Abuso al Estado o falta de cobro de regalías. g) Recuperación de soberanía sobre recursos. Dentro de los argumentos establecidos por los intervinientes en el debate que se realizó en el Pleno de la Asamblea Constituyente, se planteó esencialmente como problema principal la especulación de concesiones y la afección a las comunidades por parte de la actividad minera. Sin embargo, salta a la vista una primera incongruencia, en tanto y en cuanto excepciona la aplicación del Mandato y la suspensión de actividades a la minería artesanal (con un volumen de producción de menos de 150 toneladas diarias conforme consta en la Tabla 5), sin tomar en cuenta que la actividad minera en el Ecuador y sus impactos ambientales negativos provienen precisamente de ese tipo de actividad.

En este caso, se puede connotar que la Asamblea estableció una estrategia política que aparentemente pretendió generar un proceso de gobernanza, pero que sin embargo invalidó su propia motivación de carácter ambiental. La apertura para la presentación de propuestas y las presiones políticas que éstas generaron fueron elementos que hicieron que se perdiera de vista una perspectiva de largo plazo y objetivo ulterior del proceso constituyente. El Mandato Minero no reflejó el fuerte discurso ambientalista que la Asamblea Constituyente mantuvo durante su existencia. No se han podido ubicar explicaciones congruentes con el argumento ambiental y la

exclusión de los efectos del mismo a la pequeña minería. Los argumentos principales se centraron en el abuso de actores privados contra el Estado, abuso de empresas transnacionales, afección a comunidades indígenas o grupos sociales.

Si recabamos las condiciones planteadas por Kooiman respecto a la interdependencia de los actores, podemos determinar que en el caso preciso del Mandato Minero, las mismas se configuran de una forma *sui géneris*. Por una parte, tenemos a la propia Asamblea Constituyente, que una vez instalada estableció un esquema participativo de construcción de la propuesta constitucional en tanto y en cuanto los procesos de diálogo con la ciudadanía de sus distintas mesas constituyentes establecían un puente. Esto confirmó la legitimidad del proceso ante la ciudadanía, la que se manifestó posteriormente en el referéndum aprobatorio de la Constitución. El discurso sobre de la minería se planteó justamente como uno de los anuncios de los futuros contenidos y visiones de la Asamblea sobre tres elementos alrededor de los cuales gravitó y gravita la Constitución de 2008: los derechos de la naturaleza, el buen vivir y una recuperación del rol del Estado como actor del desarrollo.

Por otra parte, se tiene en el mismo escenario al Gobierno de turno. La propuesta de Rafael Correa en su campaña a la Presidencia de la República fue precisamente la convocatoria a una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución. Es incierta, y no existen evidencias documentadas de la coordinación de la Asamblea y el Ejecutivo, aparte de reuniones periódicas del Presidente de la República con el bloque de Asambleístas, en las cuales no se tiene certeza respecto a la generación de consensos al interno respecto a los textos. Sin embargo, la división con bloques en relación con el tema del ambiente fue evidente durante la Asamblea Constituyente. Uno de los puntos en los cuales este desencuentro Asamblea-Ejecutivo fue evidente estuvo relacionado con la definición respecto a la consulta y consentimiento previo a los pueblos indígenas sobre el manejo de los recursos naturales (Centro Carter, 2008: 9).

Tabla 7. Detalle de argumentos en las intervenciones de Asambleístas en el debate de proyecto de Mandato Constituyente relacionado con las Concesiones Mineras el 18 de abril del 2008⁴⁸

Argumento	Control transnacional	Daño ambiente	Impacto social/comunidades indígenas	Datos técnicos estadísticos económico científico	Jurídico	Concentración de concesiones/ilegitimidad/obtención fraudulenta	Abuso al Estado/regalías	Recuperación soberanía sobre recursos	Otro	Voto
Beatriz Tola	X	X	X	X		X		X		A favor
Federico Sacoto									Cloruro sodio ⁴⁹	A favor
Pedro Morales			X				X			A favor
Mae Montaña									No existe información técnica	Ausente
Fernando Cordero						X	X		Exclusión minería materiales construcción	A favor
Cesar Rohón									Falta auditoría de concesiones. Impacto pequeña minería	Abstención
Roberto Córdova		X				X			Excepción del mandato concesiones explotación, cooperativas	A favor

⁴⁸ El detalle ha sido realizado en orden de intervención.

⁴⁹ El tema del cloruro de sodio tenía relación con elementos de salud pública

Argumento	Control transnacional	Daño ambiente	Impacto social/comunidades indígenas	Datos técnicos estadísticos económico científico	Jurídico	Concentración de concesiones/ilegitimidad/obtención fraudulenta	Abuso al Estado/regalías	Recuperación soberanía sobre recursos	Otro	Voto
									asociaciones condominios mineros.	
Diana Acosta	X				X				Vacíos legales, imposibilidad de plantear recursos jurídicos	Abstención
Abel Avila	X	X				X	X	X	El Estado empresa en actividades mineras	A favor
Aminta Buenaño		X	X			X			Problemas minería a gran escala	A favor
Pedro de la Cruz		X	X			X				A favor
Héctor Gomez	X	X			X					Abstención
Alberto Acosta	X		X			X	X		No se afecta minería a pequeña escala. Posición del Estado frente a minería a gran escala	A favor
Andrés Pavón							X			Abstención
Martha		X	X						Ecuador país	A favor

Argumento	Control transnacional	Daño ambiente	Impacto social/comunidades indígenas	Datos técnicos estadísticos económico científico	Jurídico	Concentración de concesiones/ilegitimidad/obtención fraudulenta	Abuso al Estado/regalías	Recuperación soberanía sobre recursos	Otro	Voto
Roldós									libre de minería metálica	
María Molina		X								
Manuel Mendoza					X				Cambio modelo de desarrollo extractivista	A favor
María P. Romo					X				Falta de control del Estado	A favor
Rafael Esteves					X			X		A favor
Leonardo Viteri				X					Cloruro de sodio ⁵⁰	Abstención
Carlos Medina	X							X		A favor
Catalina Ayala		X			X				Afecciones ambiente de pequeña minería	Abstención
Norman Wray	X			X	X					A favor
TOTAL	7	9	6	3	7	7	5	3		

Fuente: Asamblea Constituyente, 2008. Acta 037. Elaboración propia.

⁵⁰ Mismo elemento respecto a temas de salud pública

Los integrantes del Movimiento Pachakutik amenazaron incluso con separarse de la mayoría constituyente en el caso de no aceptarse la inclusión del consentimiento previo y derecho a veto respecto a decisiones sobre recursos naturales (*El Comercio*, 2008). La decisión final y texto vigente recogió la alternativa de la consulta previa. Es necesario recordar la posición del Presidente de la República respecto a la ejecución de proyectos de minería a gran escala referida en el capítulo anterior.

Por otra parte, tenemos también la posición del sector de Cámaras de Minería, oponiéndose a la idea argumentando problemas relacionados con potenciales inversiones a gran escala, pérdida de empleos (potenciales y reales), planteando al Presidente de la República alternativas de minería responsable.

Esto permite establecer que los actores, con posiciones distintas, no lograron conseguir un consenso a la decisión final, estableciendo una situación precaria en las agendas interdependientes de los actores. Dicha situación se resolvió pragmáticamente a través de la “disciplina de bloque”, mediante la cual se concentraban los votos a favor o en contra de tesis.

El nudo gordiano de la Constitución del 2008

Uno de los principales planteamientos de la presente investigación es que, a través del análisis del proceso de formulación de política pública en el sector minero, se pueda establecer que la actual Constitución ecuatoriana puede tener un potencial de conflictos que erosionarán la gobernabilidad de la política ecuatoriana, siendo una prueba de ello la demanda de inconstitucionalidad que fue presentada por el movimiento indígena contra la Ley de Minería.

La idea de la protección de los derechos de la naturaleza establece, de manera vanguardista en el Ecuador, mecanismos aún inciertos que generan más preguntas que respuestas. Los argumentos teóricos elaborados alrededor del concepto, que plantean que la relación de las personas con el ambiente debe cambiarse para pasar a establecer una simbiosis respetuosa de los ciclos propios de regeneración y subsistencia de los ecosistemas, han sido aceptados y validados. Sin embargo, se plantea el primer desafío del Estado Constitucional de Derechos y Justicia: ¿cómo, empleando las herramientas propias de este nuevo tipo de Estado, estableciendo el presupuesto de que los derechos

constitucionales no requieren de ley que medie su aplicación, se podrá generar un proceso de cambio de modelo de desarrollo?

Para esto, la función Ejecutiva debe responder a necesidades reales emergentes de una población y el cumplimiento de un plan de desarrollo, ambas indisolublemente ligadas a la necesidad de establecer mecanismos de financiamiento de tales acciones.

La problemática aumenta. Además del concepto de los derechos de la naturaleza desarrollado en la Constitución, debe tomarse en cuenta el elemento del buen vivir. Este concepto, entendido bajo las interpretaciones de Giddens y los postulados de Habermas respecto a la necesidad de que el Estado logre garantizar un espacio y condiciones bajo las cuales los y las habitantes puedan desarrollar sus proyectos de vida, en un marco de tolerancia de las decisiones de las personas, en función de la diversidad y pluriculturalidad en el Ecuador, plantea el segundo reto del Estado Constitucional de Derechos.

El cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo para el Buen Vivir propone un cambio de modelo de desarrollo, en el cual se abandone la estructura basada en el modelo primario exportador. La estrategia establecida en dicho Plan determina una serie de objetivos y metas que deben ser cumplidas. De la mano con esto, como una de las metas del Plan, se encuentra también el mejoramiento de la educación, salud, servicios públicos, vivienda, entre otros. Estos elementos requieren de inversión pública, por lo cual es necesario contar con fuentes de financiamiento para tales objetivos. El Ejecutivo considera como estratégica la ejecución de proyectos de minería a gran escala, visto el potencial de generación de recursos que dicha actividad puede tener, y así poder financiar y garantizar los derechos directamente relacionados con las condiciones necesarias para establecer condiciones de partida a los ciudadanos y ciudadanas para que, en condiciones similares, puedan establecer sus proyectos de vida. Aquí se integra también el tercer concepto constitucional que hemos mencionado a lo largo de esta investigación: el rol activo y garantista del Estado en el cumplimiento y protección de todos los derechos constitucionales, así como en el rol del desarrollo del Ecuador.

Debilidad estatal: ¿Alas de Icaro?

El Estado, en su calidad de ejecutor, cuenta con una función Ejecutiva como la rectora de las políticas e impulsora del cumplimiento de los objetivos de un plan nacional de

desarrollo. En este marco, el planteamiento de base es el lograr una implementación de políticas públicas que permitan afianzar la consolidación del Estado Constitucional de Derechos. La evidencia, del análisis planteado, demuestra que en el caso particular las condiciones que establece la Constitución para generar políticas en el ámbito minero pueden tener niveles de contradicción que podrían ser más o menos agudos, dependiendo de la interpretación que los actores interdependientes den a la agenda. Como ejemplo de esto, podemos observar las tensiones entre el Estado, sector privado que opera en el ámbito de recursos naturales, confrontadas a su vez con las posturas del movimiento indígena.

El mandato minero y la vigente Ley de Minería son indicadores de puntos de conflicto entre las distintas visiones de los actores, en este caso del Gobierno y los sectores sociales. El primero con un peso enorme sobre sus hombros, a cargo de la ejecución de un programa de trabajo y encargado de materializar el modelo de desarrollo; y los movimientos sociales como elementos que realizan una especie de control y fiscalización de la forma en que las decisiones se toman.

Es aquí en donde se presenta el primer desafío para la función Ejecutiva. ¿Cómo financiar una serie de programas y proyectos para lograr cambiar el modelo de desarrollo y, al mismo tiempo, garantizar los derechos de las personas, tomando en cuenta que existen limitaciones constitucionales tanto para la formulación de política pública (garantía de derechos del buen vivir, obligatoriedad de establecer soluciones alternativas en caso de conflictos derivados de la formulación de políticas públicas, distribución equitativa del presupuesto y participación en el proceso de formulación de política pública), para el manejo de los recursos naturales y en particular la extracción de los mismos (con los derechos de la naturaleza); siendo, por prescripción constitucional, uno de los actores principales del desarrollo? A esto, debemos sumar que el Ejecutivo tiene sobre sí una especie de espada de Damocles ya que, en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la idea del cumplimiento de los derechos y de democracia jurídica prima sobre cualquier decisión de tipo instrumental o ley que el Ejecutivo emplee. Dicha espada pende de un hilo cuya resistencia está determinada por la capacidad y fuerza con la que la ciudadanía ejerza sus derechos y plantee la exigibilidad en función del peso que le da la propia Constitución, vía exigibilidad judicial.

El mandato constitucional genera entonces una contradicción entre los fines y los medios, en particular en el sector minero, a saber:

- a. La expedición del mandato minero refleja esa contradicción en la disposición en la cual se excepciona a la pequeña minería o minería artesanal, ya que sus considerandos establecen que la problemática de las concesiones mineras reside en factores de abuso de la ley y afección ambiental.
- b. Las condiciones de la formulación de política pública condicionarían o limitarían la ejecución de proyectos a gran escala de minería.
- c. La resolución de la Corte Constitucional manifiesta que es condición la realización de procesos de consulta previa, sin embargo, y visto que la misma no puede extralimitarse en lo solicitado por los demandantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, no manifiesta ninguna opinión respecto a los derechos de la naturaleza *vis à vis* de la Constitución (Corte Constitucional, 2010).

El desafío del neoconstitucionalismo en el Ecuador

La actual Constitución presenta, en el caso de los recursos naturales, un proceso ambicioso: dentro de una propuesta de cambio del rol de la persona y su relación con la naturaleza, y con el propósito de brindar a los ciudadanos y ciudadanas las condiciones de base para que puedan desarrollar su proyecto de vida bajo la perspectiva de Giddens, y, contando con herramientas cuya efectividad depende de la frecuencia y calidad del uso que se les de, propone al Estado trazar objetivos orientados hacia un tipo distinto de desarrollo en el cual prime la generación de consensos que se plasmen en políticas públicas conforme los planteamientos de Comanducci (2010) y Guastini. En este punto, es importante citar la definición de Kooiman (2010) respecto al alcance de la gobernanza interactiva³⁰:

El conjunto de interacciones llevadas a cabo para resolver problemas sociales y crear oportunidades sociales; incluyendo la formulación y aplicación de principios que guían esas

³⁰ Traducido del inglés por el autor.

interacciones, e instituciones que posibilitan y controlan dichas interacciones. (Kooiman, 73:2010)

Esta es una de las primeras ideas básicas planteadas: la Constitución de 2008 plantea un esquema de gobernanza interactiva, que busca asegurar un nivel mínimo de consensos dentro del planteamiento de políticas públicas en un esquema que se asemeja al de la democracia participativa. Sin embargo, queda pendiente la resolución de otro elemento clave para una formulación orientada a gozar de legitimidad. Es necesario pensar cómo dentro de los esquemas (principios, mecanismos e instituciones) propuestos por la gobernanza interactiva, se garantizará que se den las condiciones necesarias para la concurrencia del efecto de adecuación mencionado por Fontaine (2008), mediante el cual las políticas públicas deben asegurar una legitimidad y eficacia de la gobernanza alrededor de las políticas públicas. En el caso ecuatoriano, podríamos ligar la legitimidad y la eficacia a los procesos participativos, las instituciones y la capacidad de esas instituciones de generar acuerdos necesarios para lograr consensos mínimos respecto a visiones pluriculturales de la forma cómo deben manejarse los recursos naturales.

Las condiciones para formular política pública establecidas en el artículo 85 de la Constitución generan las interrogantes sobre cómo ese ciclo de política pública se ve condicionado por la propia Constitución y, por ende, plantea necesidades ligadas a las características de la gobernanza planteadas por Kooiman: “reflejan el crecimiento de las interdependencias económicas, sociales y políticas; la gobernanza es un asunto de los actores públicos y privados por igual; y, las líneas que separan los sectores público y privado se borronan poco a poco” (Kooiman, 2010: 72).

¿Fue el Mandato minero un anuncio previo de esta propuesta? Consideramos que bajo ningún punto de vista, a la luz de los siguientes elementos:

- a. Si bien se respondió a una demanda social expresada directamente a la Asamblea Constituyente, falló precisamente un análisis de los elementos necesarios para que esa decisión de política pública del sector minero gozara de eficacia.
- b. Posteriormente a la expedición del mismo, y hasta la publicación de la Ley de Minería, las actividades del sector minero estuvieron suspendidas, y no ha existido un pronunciamiento expreso por parte de la función ejecutiva (a cargo

de la rectoría de la política pública en el sector) ni acciones orientadas a la solución de los problemas ambientales denunciados por los Asambleístas durante el debate de dicho Mandato.

- c. La función legislativa, en la Ley de Minería, establece en cambio algunas disposiciones relativas a la actividad minera de carácter artesanal o con volúmenes pequeños de explotación. No ha sido posible localizar información oficial del Ministerio del ramo respecto a los impactos de la medida, sea de tipo ambiental, de niveles de actividad, ni de efectos en la economía.

La Ley de Minería del año 2009: ¿un intento de generar política pública minera en gobernanza interactiva?

La resolución del año 2010 de la Corte Constitucional constituyó una primera prueba de la conformidad de la Ley de Minería con los preceptos constitucionales. Sin embargo, cabe destacar el hecho de que la Corte insistió en la necesidad de que se lleven a cabo procesos de consulta previa respecto a la decisión de realizar actividades mineras. Esta decisión es importante ya que muestra uno de los primeros puntos en los cuales la Constitución plantea excepciones dentro de su texto que podrían ser contradictorias:

El Dr. Carlos Pérez Guartambel, en calidad de Presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui, Victoria del Portete y otras comunidades de la provincia del Azuay, más allá de las disposiciones normativas de la Ley de Minería a las que ya se refirió esta Corte en líneas anteriores, determina que los artículos 26, 79, 80 y 96 " (...) son abiertamente contrarios y violatorios a los artículos de la Constitución que concedieron derechos a la naturaleza y explícitamente al agua, por ende, la Ley de Minería permite la destrucción de la naturaleza así como del agua"... y más adelante, "que la mejor garantía para la actual generación como para los que vienen es permitir la explotación minera en lugares que no afecten a la naturaleza; que se debe dejar prohibido expresamente la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles, entre otros, en fuentes de agua, humedales y páramos".

Al respecto, esta Corte, sujetándose a los argumentos esgrimidos en las consideraciones anteriores, determina que son las mismas disposiciones normativas que cita el accionante las que determinan, con claridad, que la Ley de Minería establece una serie de parámetros y requisitos que deben ser cumplidos de manera previa al otorgamiento de una concesión minera en

aquellos territorios que no son de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y que precisamente propenden a evitar una vulneración a los derechos de la naturaleza y la generación de daños ambientales. Para ello, una serie de disposiciones normativas contemplan estudios de impacto ambiental, tratamiento de aguas, revegetación y reforestación, conservación de flora y fauna, manejo de desechos, protección del ecosistema, entre otros.

Finalmente, con respecto a la explotación minera en determinados lugares altamente sensibles como humedales, fuentes de agua y páramos, el propio artículo 15, analizado previamente, se remite a la excepción y prohibición prevista en el artículo 407 de la Constitución, es decir, "la prohibición de la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal". Y por otro lado, cabe resaltar que el propio texto constitucional, en el artículo 408, determina que "excepcionalmente dichos recursos podrán ser explotados a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular".

Es decir, mal podría la Ley de Minería establecer una prohibición a la explotación de recursos no renovables en áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, cuando el propio texto constitucional establece excepciones a la misma, recordándose que dichas excepciones deben seguir el procedimiento expreso reconocido en el artículo 408 de la Constitución (Corte Constitucional, 2010).

Primeros anuncios de un naciente debate

Este último párrafo es determinante en un debate que será central en el futuro, particularmente en el caso en que se decida emprender, sea de manera privada o estatal, en actividades mineras de gran escala. La Corte establece que la propia Constitución permite, bajo condiciones excepcionales, la explotación de recursos naturales no renovables en áreas protegidas. Pero, ¿hasta qué punto pudo la Corte Constitucional denunciar esta incongruencia en la propia Constitución?

La limitación de la Corte reside en el hecho de que su capacidad para interpretar el alcance de elementos como los derechos de la naturaleza frente a otros derechos es relativamente limitada, ya que este ejercicio corresponde a los constituyentes. Asumiendo un escenario improbable y vedado a la Corte Constitucional, en donde ésta

resuelva aplicando el artículo 427³¹ de la Constitución, y tomando en cuenta la regla del artículo 3, numeral primero³², se establece una incertidumbre: todos los derechos deben ser aplicados, siendo prevalentes aquellos de carácter antropocéntrico (educación, salud, alimentación, seguridad social y agua). De todas formas, insistimos en el hecho de que dicho ejercicio correspondería a una Asamblea Constituyente. A esto, se sumaría el principio del artículo 11, literal 6, que establece que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Las tensiones se reflejan de manera más evidente en la política pública. El Gobierno establece una serie de propuestas y acciones respecto a los recursos naturales, mientras que la Constitución plantea visiones que parecieran contradecir algunas de esas propuestas, como por ejemplo, la posición hasta ahora ambigua respecto a la explotación de reservas de petróleo en la zona de Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT)³³. Esto reedita el debate respecto a las prioridades del Estado y las condiciones coyunturales que, en algunos casos, son la causa de las divergencias entre los objetivos constitucionales y la gestión del día a día.

A este elemento, sin embargo, se añaden visiones de tipo teórico que, bajo los análisis de Carbonell (2010) y Comanducci (2010), darían a la Corte Constitucional una relativa libertad para poder establecer interpretaciones en sus fallos.

La Ley de Minería, bajo esta perspectiva y con los correctivos que manda la Corte Constitucional, podría contar a primera vista con los requisitos de legitimidad y eficacia, en tanto y en cuanto, no se deje de lado la importancia de contar con el elemento institucional, ya que es fundamental bajo la perspectiva de Kooiman para lograr un escenario de gobernanza interactiva.

³¹ Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

³² Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

³³ El Gobierno planteó el no explotar dichas reservas como un aporte a la reducción de gases de efecto invernadero, a cambio de que la comunidad internacional establezca un fondo que permita recaudar los ingresos perdidos por la no explotación. El gobierno ha establecido varios plazos para la consecución de los fondos, y si los mismos no se completan, se realizará la explotación.

Reflexiones finales: incompatibilidades u oportunidades

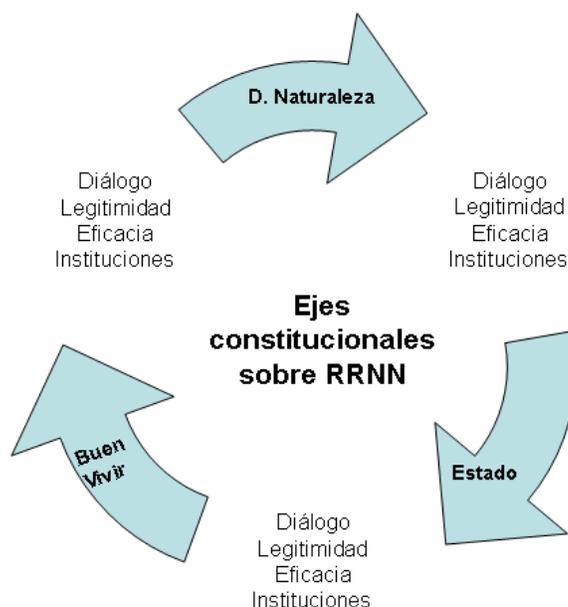
Las tres ideas centrales que se arriesga identificar como conductoras del neoconstitucionalismo ecuatoriano (los derechos de la naturaleza, el buen vivir y el rol del Estado) pueden, en un primer momento, plantear respecto al manejo de los recursos naturales un escenario más bien pesimista, por estas consideraciones:

- a. En un primer momento, una interpretación limitada, y que no contemple un proceso mínimo de diálogo en cuanto a la actividad minera en el Ecuador, puede llevar al extremo de la toma de decisiones por parte del Estado en las cuales uno de los tres hilos conductores puede verse disminuido o afectado.
- b. Las decisiones de política pública del Estado se enfrentarían a una especie de dilema del prisionero, en la cual solo uno de los tres ejes conceptuales puede verse garantizado: Un Gobierno debe tomar decisiones respecto al manejo de los recursos naturales. La Constitución, en este caso, establece las reglas básicas que enmarcan esas decisiones. Sin embargo, es la propia Constitución la que permite a su vez al Gobierno (enfrentado a decisiones políticas para poder lograr permanencia y gobernabilidad) establecer políticas públicas que priorizan una visión antropocéntrica.
- c. El desafío que implica para el Estado, y principalmente a la función Ejecutiva, implementar obligatoriamente elementos constantes en la propia Constitución para la formulación de política: procesos de diálogo, legitimidad en el sentido de generar espacios participativos de los actores con agendas interdependientes, eficacia de los instrumentos y normas y un soporte bidireccional del Estado a las instituciones, que a su vez serán las responsables de sustentar el proceso de formulación de política pública.

¿Es posible la gobernanza en el sector minero?

Siempre y cuando el Estado redoble sus esfuerzos para generar las condiciones que permitan un adecuado procesamiento y generación de espacios para el debate, se podrán obtener puntos de consenso mínimos entre los distintos sectores.

Gráfico 3. Ejes conceptuales del manejo de recursos naturales en la Constitución



Fuente: Constitución de la República del Ecuador. Elaboración: propia

Prueba de esto, al menos aparentemente, es el ejercicio de conformidad constitucional al que fue sometida la Ley de Minería. Del análisis realizado, es claro que si se prescinde de los mecanismos para la eficacia de las decisiones, acuerdos o consensos, la gobernanza comenzará a deteriorarse. Por esto, debe considerarse que las condiciones dadas en la Constitución no son suficientes per se para garantizar el desarrollo de actividades mineras sin carga de conflictos, más aún con la carga histórica que tiene la minería con casos como los ocurridos y documentados con la empresa Ascendant Copper en Íntag, en donde las malas relaciones entre las comunidades y una falta de espacios para el diálogo generaron un agotamiento de los intentos por encontrar una vía de consenso.

También es necesario pensar en la condición básica que plantea el Plan Nacional de Desarrollo para el Buen Vivir: el cambio del modelo de desarrollo extractivista. Esto implica también la necesidad de una mirada crítica del Estado respecto a sus acciones, estrategias y decisiones de política pública respecto al uso y aprovechamiento de recursos naturales.

Sin embargo, el elemento diametral de la discusión reside en el hecho de que, a la luz de una realidad constitucional que preconiza la defensa de los derechos de los

habitantes, es fundamental preguntarse sobre la forma tibia en la cual las personas e institucionales comiencen a presionar por tales derechos y a utilizar cada vez más los elementos presentes en la Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- Acosta, Alberto (2008). “El Buen Vivir. Una oportunidad por construir”. *Revista Ecuador Debate*. No. 75:33-48
- Ansuátegui, Franciso (1993). “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli” en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año nº 1, Nº 2, pags. 113-152.
- Asamblea Constituyente -Mesa No. 1 de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales (2008a). “Informe de Mayoría sobre los Derechos de la Naturaleza”. Montecristi: 2008.
- Banco Central del Ecuador (2009). Valor agregado bruto por industria/producto interno bruto. Disponible en: <http://www.bce.fin.ec/frame.php?CNT=ARB0000167>. Visitado el 25 de junio del 2009.
- Barberis, Mauro (2003). “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta
- Banco Mundial (1997). “Resumen. Informe sobre el desarrollo mundial: El Estado en un mundo en transformación”. Washington D.C.: Banco Mundial
- Bebbington, Anthony, Jeffrey Bury, Denise Humphreys Bebbington, Jeannet Ligan, Juan Pablo Muñoz, Martin Scurrah (2007), “Movimientos sociales, lazos transnacionales y desarrollo territorial rural en zonas de influencia minera: Cjamarca – Perú y Cotacachi – Ecuador en *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas*, Anthony Bebbington (Ed.):163. Lima: IEP - CEPES
- Bernal, Hernando y Edwin Agudelo (2006). “Extractivismo, neoextractivismo y postextractivismo en América Latina y el Caribe, con énfasis en la Gran Amazonía. La Gran Amazonía continental suramericana”. Disponible en: <http://www.euskadi.isf.es/jornadas07/doc/bernal.pdf>. Visitado el 19 de agosto del 2009.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel y García Jaramillo Leonardo (2010). “Presentación”. En *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Ed.): 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel (2010). “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En *El Cánón Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Ed.): 161. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Catalano, Edmundo Fernando (1975). *Curso de Derecho Minero*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía

- Centro Carter (2008). Informe No. 9 sobre la Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador de Mayo del 2009. Disponible en http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/Centro_Carter_Informe_9_Asamblea_Constituyente_Ecuador_Mayo08.pdf . Visitado en 15 abril 2010.
- Cisneros, Paúl (2008). “El diálogo minero en Ecuador: ¿Señales de una nueva relación entre comunidades, empresas extractivas y Estado?”. Disponible en http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/1235144956.9186.el_dialogo_minero_en_el_ecuador_paul_cisneros.pdf . Visitado el 14 de marzo del 2010.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL (2000). *Estudio Económico de América Latina y el Caribe 1999-2000*. Santiago de Chile: CEPAL
- Comanducci, Paolo (2010). “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”. En *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Ed.): 175. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Constitución del Ecuador. 2008
- CORDES (1999). *La Ruta de la Gobernabilidad*. Quito: CORDES
- Cortez, David (2009). “Genealogía del Buen Vivir en la nueva constitución ecuatoriana”. Ponencia presentada en el VIII International Congress for Intercultural Philosophy: Good life as humanized life. Concepts of good life in different cultures and their meanings for politics and societies today. Julio 3 del 2009 en Ewha Womans University, Seúl, Corea.
- Chaparro, Eduardo (2004). “La pequeña minería y los desafíos de la gestión pública”. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* No. 70. Santiago de Chile: CEPAL
- Crespo, Ricardo (2007). “La legislación contradictoria sobre conservación y explotación petrolera”. En *Yasuni en el siglo XXI*, 207-227. Quito: FLACSO Ecuador.
- Dasgupta, Swpana y Mitra, Tapan (2002). Intertemporal equity and Hartwick’s rule in an exhaustible resource model. *CAE Working Paper #02-05*. Ithaca: Cornell University
- Díaz-Palacios, Julio. 2008. *El Estado Constitucional de Derecho en el Marco de la Descentralización en los Países Andinos*. Lima. InWent
- Dworkin, Ronald (1978). *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Easton, David (1973). *Enfoques sobre teoría política*. Buenos Aires: Amorrortu Editores.

- Explored (2009). “Constituyente anuncia regulación del sector minero”. Disponible en <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/ultima-hora-asamblea-constituyente-286452-286452.html>. Visitado el 15 de marzo del 2010.
- Fontaine, Guillaume (2009). “Documento de trabajo 021. Les politiques publiques comme produit de la gouvernance”. Disponible en http://www.flacsoandes.org/web/imagesFTP/10252.WP_021_GFontaine_06.pdf Visitado el 5 de junio 2009.
- Fontaine, Guillaume y Velasco, Susan. (2010) “Documento de trabajo No 023. La conceptualización de la gobernanza: de lo descriptivo a lo analítico”. Observatorio Socio Ambiental. Quito: FLACSO
- Foucault, Michel (1991). “Governmentality”. En *The Foucault Effect: Studies in governmentality*. Graham Burchell, Colin Gordon y Peter Miller (Editores): paginas 87-104. Chicago: University of Chicago Press
- García Pelayo, Manuel (1991). “Estado legal y estado constitucional de derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. No 82. Caracas: Universidad Central de Venezuela
- Habermas, Jurgen (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hira Anil y Ron Hira (2000). The New Institutionalism: Contradictory Notions of Change. *American Journal of Economics and Sociology*. Vol. 59, No. 2, pp. 267-282
- Howe, Louis.E. (2002), Administrative law and governmentality: Politics and discretion in a changing State of Sovereignty. *Administrative Theory & Praxis Journal* Vol. 24, No. 1, pags: 55–80.
- International Institute for Environment and Development and World Business Council for Sustainable Development (2002). *Mining, Minerals and Sustainable Development (MMSD) Project, Final Report*. Londres: Earthscan
- Kaufmann, Daniel, Aart Kraay, Eduardo Lora y Lant Pritchett. (2002), *Growth without governance*. Economía, Vol. 3, No. 1. Pp.169-229
- Kingdon, John W. (2003). *Agendas, alternatives and public policies*. New York: Longman.
- Kooiman, Jan (2010). “Governance and governability”. En *The New Public governance?: Emerging perspectives on the theory and practice on Public governance*, Stephen P. Osborne (Comp.): 72. New York: Routledge.
- Kooiman, Jan (2003). *Governing as governance*. Londres: Sage Publications.

Ley de Minería No. 126. 1991

Ley de Minería. 2009

Mahoney, James (2001). Path dependent explanations of regime change: Central America in comparative perspective. *Studies in comparative International Development* Vol. 36, No. 1, 2001:111-141

Mahoney, James (2000). Path dependence in historical sociology. *Theory and Society* No. 29. Pp 507-548.

March, James y Johan P. Olsen. (1995). *Democratic governance*. New York: The Free Press.

Mejía, Andrés, María Caridad Araujo, Aníbal Perez-Liñán, Sebastián Saiegh (2009). “Agentes con poder de veto, instituciones frágiles y políticas de baja calidad”. En *Por el ojo de una aguja: la formulación de políticas públicas en el Ecuador*, Mejía Andrés (Comp.): 31. Quito: FLACSO.

Ministerio de Energía y Minas, 2007. “El ABC de la Minería”. Disponible en <http://www.infomineria.org/fileadmin/download/ABCdelaMineria.pdf>. Visitado el 14 de marzo del 2009.

Ministerio de Recursos Naturales no Renovables, (s/f). “Organigrama de Transición”. Disponible en <http://www.recursosnorenovables.gov.ec/en/el-ministerio/organigrama-de-transicion.html>, visitado en 13 de marzo del 2010.

Moreno Morales, Catalina y Eduardo Chaparro Avila (2009). *Leyes generales del ambiente y los códigos de minería de los países andinos. Instrumentos de gestión ambiental y minero ambiental*. Santiago de Chile: CEPAL,

Muzondo, Timothy R. (1993). Alternative Forms of Mineral Taxation, Market Failure and the Environment. *International Monetary Fund Staff Papers* Vol. 40, No. 1, pp. 152-177. Washington D.C. International Monetary Fund.

Osbourne, Stephen (2010). “The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?”. En *The New Public governance?*, Stephen P. Osborne (Comp.): 1. New York: Routledge.

Ossa Bulnes, Juan Luis (1992). *Derecho de Minería*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Polo Robilliard, César (2006). “Los ejes centrales para el desarrollo de una minería sostenible”. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* No. 107. Santiago de Chile: CEPAL

- Pérez de Guzman, Torcuato (1995). La sociedad reflejada. *Reis*. No. 69, pp. 175-200. Madrid. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Peters, Guy. (2003). *El nuevo institucionalismo: La teoría institucional en política pública*. Barcelona: Gedisa
- Peters, Guy y Jon Pierre (2006). *Handbook of Public Policy*. Londres: Sage Publications.
- Pozzolo, Susana (2010). “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. En *El Canon Neoconstitucional*, Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (Ed.): 209. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Prats, Joan (2003). El Concepto y el análisis de la gobernabilidad. *Revista Instituciones y Desarrollo*, N. 14-15 pp.239-269
- Prieto Sanchís, Luis (s/f). “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. Disponible en http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/TCPOST.pdf. Visitado en marzo 10 del 2011.
- Ruiz Giraldo, Carlo (2008). *Constitución Política vigente y proyecto de nueva constitución: Un análisis comparativo*. Quito: Participación Ciudadana
- Ruiz Maldonado, Patricio (2001). *Guía de Legislación y Términos aplicables a la actividad minera*. s/e:Quito
- Sandoval, Fabian. (2002) *Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en el Ecuador*; (Coord.), en “Minería, Minerales y Desarrollo Sustentable en América del Sur”; IIED, WBCSD, p. 441-517.
- Santos Santillana Miguel (2006). “La importancia de la actividad minera en la economía y sociedad peruana”. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* No. 114. Santiago de Chile. CEPAL
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES (2009). “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013”. Quito. SENPLADES
- Solow, Robert. (1973). *Intergenerational equity and exhaustible resources*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology.
- Streeten, Paul (1987) Structural Adjustment: A survey of the issues and the options. *World Development Journal*. Vol. 15. No. 12. pp. 1469-1482.
- Stutzin, Godofredo (s/f). “Un imperativo ecológico: Reconocer los derechos de la naturaleza”. Disponible en http://www.cipma.cl/RAD/1984-85/1_Stutzin.pdf , visitado en marzo 13 del 2010.

Werner, Jann y Kai Wegrich (2007). “Theories of policy cycle”. En *Handbook of public policy analysis*, Frank Fischer, Gerald Miller, Mara S. Sidney (Edit.): 43. Boca Raton, CRC Press

DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente (2008b). 18 de abril del 2008. Acta No. 037 de sesión del Pleno.

Diario Hoy (2009). “Gobierno ecuatoriano no dará marcha atrás en la nueva Ley Minera”. Disponible en: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-ecuadoriano-no-dara-marcha-atras-en-la-nueva-ley-de-mineria-328931.html>. Visitado el 15 de enero del 2009).

El Comercio (2008). “Ambiente: la mayoría con fisuras”, sección: política, Mayo, 8.

El Ciudadano (2009). “Presidente Correa ratificó que Ecuador potenciará una minería responsable con el medio ambiente”. Disponible en http://www.elciudadano.gov.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=672:presidente-correa-ratifico-que-ecuador-potenciara-una-mineria-responsable-con-el-medio-ambiente&catid=2:politica&Itemid=43 Visitado el 14 de marzo del 2010

Corte Constitucional (2010). Inconstitucionalidad por forma de la Ley de Minería. Resolución de la Corte Constitucional 1. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 176 de 21 de Abril del 2010.

El Diario (2008). “Cámara de Minería rechaza mandato constituyente”. Sección Ecuador. Abril 18.

ENTREVISTAS

Eduardo Chaparro Ávila, 28 de noviembre del 2009

ANEXOS

1. Mandato Minero

**EL PLENO DE LA
ASAMBLEA CONSTITUYENTE**

CONSIDERANDO:

- Que,** mediante consulta popular del 15 de abril del 2007, el pueblo del Ecuador aprobó la convocatoria a una Asamblea Constituyente de plenos poderes;
- Que,** la Asamblea Constituyente, en virtud del artículo 1 del Mandato Constituyente No. 1, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 223 de 30 de noviembre de 2007, asumió el ejercicio efectivo de esos plenos poderes;
- Que,** son de propiedad inalienable e imprescriptible del Estado ecuatoriano las sustancias minerales existentes en el subsuelo, en los ríos y lagos, con sus lechos y riberas y en cualquier otra del territorio nacional, las mismas que serán explotadas en función de los intereses nacionales;
- Que,** la exploración y la explotación estarán condicionadas al cumplimiento estricto de las obligaciones legales, incluidas las concernientes a la preservación del medio ambiente y el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y comunidades que se vean involucradas directa o indirectamente por esta actividad y al pago de patentes, regalías y tributos establecidos en la ley;
- Que,** es necesario reducir potenciales impactos negativos al ambiente provocados por las actividades mineras;
- Que,** el mismo desarrollo de la actividad minera en el país requiere de un marco jurídico seguro y equitativo, que norme en forma coherente su accionar sin alentar actividades especulativas y tampoco la concentración de las concesiones mineras en pocas personas jurídicas y naturales;
- Que,** la actividad minera artesanal, de subsistencia y de áridos es fuente de trabajo y riquezas, que requiere de un marco jurídico y de protección ambiental, laboral y social;



Que, es necesario promover en el país mecanismos legítimos de ordenamiento territorial, planificación y definición de prioridades de uso del suelo en el corto y largo plazo, tanto en los casos de recursos renovables como no renovables;

Que, el marco jurídico institucional vigente es insuficiente y no responde a los intereses nacionales, por lo que es necesario corregir emergentemente y frenar las afectaciones ambientales, sociales y culturales hasta que entre en vigencia una nueva Ley de Minería, con regulaciones seguras y eficientes, acorde al modelo de desarrollo deseado por el país; y,

En ejercicio de sus atribuciones, resuelve expedir el siguiente:

MANDATO CONSTITUYENTE No. 6

Artículo 1.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras que en la fase de exploración no hayan realizado ninguna inversión en el desarrollo del proyecto al 31 de diciembre del 2007 o que no hayan presentado su respectivo estudio de impacto ambiental o que no hayan realizado los procesos de consulta previa, inclusive las que estén pendientes de resolución administrativa.

Artículo 2.- Se declara la caducidad de las concesiones mineras que no hayan cancelado las patentes de conservación en el plazo establecido en la Ley de Minería, es decir hasta el 31 de marzo de cada año y por adelantado a partir del año 2004.

Artículo 3.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores y zonas de amortiguamiento definidas por la autoridad competente, y aquellas que afecten nacimientos y fuentes de agua.

Artículo 4.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras que en número mayor de tres (3) hayan sido otorgadas a una sola persona natural o a su cónyuge; o a personas jurídicas y sus empresas vinculadas, sea a través de la participación directa de la persona jurídica, o de sus accionistas y sus parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Se excluye a las concesiones mineras de no metálicos que se encuentren en explotación.



Artículo 5.- Se declara la extinción sin compensación económica alguna de todas las concesiones mineras otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas, y Ministerio de Minas y Petróleos, o a sus parientes inmediatos, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, por utilización en su interés personal de información privilegiada. Igualmente se dispone la caducidad de las concesiones que actualmente detenten terceros, y que sean producto de la transferencia de concesiones inicialmente otorgadas a funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Recursos Naturales, Ministerio de Energía y Minas y del Ministerio de Minas y Petróleos o de sus parientes inmediatos, hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Artículo 6.- Se declara la moratoria al otorgamiento de nuevas concesiones a partir de la aprobación del presente Mandato, hasta que entre en vigencia el nuevo marco constitucional y legal. En consecuencia, se dispone al Gobierno Nacional que, a través del Ministerio de Minas y Petróleos, archive los trámites pendientes de resolución de solicitudes de nuevas áreas mineras. Se dispone al Ministerio de Finanzas que transfiera los recursos necesarios para que los valores cancelados por concepto de derecho de trámite sean devueltos a los solicitantes.

Artículo 7.- Los titulares de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción que no estén incurso en los casos descritos en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del presente Mandato, continuarán sus actividades, pero están obligados a renegociar sus títulos de acuerdo al nuevo marco legal que regule la actividad.

El Estado como titular de los recursos minerales tiene derecho preferente al libre aprovechamiento de los materiales de construcción cumpliendo las regulaciones ambientales y otras que para el efecto dicte el Ministerio de Minas y Petróleos.

Artículo 8.- Quedan suspendidas las actividades de todas las concesiones mineras metálicas que no estén incurso en los casos descritos en los artículos 1, 2, 3, 4 y 5; hasta que se apruebe el nuevo marco legal que regule la actividad y se redefinan las condiciones de su operación.

Única y exclusivamente las concesiones mineras metálicas que a la fecha se encuentren en explotación y que no estén incurso en el primer inciso de este artículo, continuarán sus actividades, pero están obligadas, a renegociar sus títulos bajo las condiciones del nuevo marco legal.



Artículo 9.- El nuevo marco legal al que se hace mención en el presente Mandato, deberá expedirse en el término de ciento ochenta (180) días contados a partir de la fecha de promulgación del presente Mandato.

Artículo 10.- Las concesiones mineras de pequeña escala, minería artesanal, minería de subsistencia, las concesiones mineras en las que se encuentren operando cooperativas, asociaciones y condominios mineros debidamente legalizadas continuarán sus actividades, excepto aquellas que se encuentran incursas en lo señalado en el artículo 3 del presente Mandato.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, ninguna persona natural o jurídica titular de derechos mineros para pequeña minería, minería artesanal y minería de subsistencia, podrá poseer títulos mineros individuales o en conjunto que excedan de las ciento cincuenta (150) hectáreas mineras en producción o que tengan un volumen de explotación de más de ciento cincuenta (150) toneladas al día.

Artículo 11.- El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Petróleos constituirá la Empresa Nacional Minera, la cual intervendrá en todas las fases de la actividad bajo condiciones de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos.

Artículo 12.- Las disposiciones contenidas en el presente Mandato Constituyente son de obligatorio cumplimiento. En tal virtud este no será susceptible de quejas, impugnación, acción de amparo, demanda, reclamo, recurso o cualquier acción administrativa o judicial. Tampoco dará lugar a indemnización alguna.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Notifíquese al Ministerio de Minas y Petróleos disponiendo que cumpla con los actos administrativos regulatorios para el estricto cumplimiento del presente Mandato.

SEGUNDA.- Dispóngase al Ministerio de Minas y Petróleos que establezca regulaciones necesarias para la explotación del mineral halita (cloruro de sodio) en coordinación con los Ministerios de Salud y Ambiente precautelando los principios de la salud pública y de protección ambiental.

TERCERA.- Si transcurrido el plazo previsto en el artículo 9 no se hubiere promulgado el nuevo marco legal que regula la actividad, el Ministerio de Minas y Petróleos renegociará los títulos de las concesiones mineras a las





que se refiere el artículo 8, de conformidad con los principios constitucionales.

CUARTA.- El presente Mandato entrará en vigencia a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en la Gaceta Constituyente y en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en el Centro Cívico "Ciudad Alfaro", cantón Montecristi, provincia de Manabí, el día viernes diez y ocho de abril de dos mil ocho.

Alberto Acosta

PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Dr. Francisco Vergara O.

SECRETARIO