

Clavero, Bartolomé, "Escamoteo de la consulta indígena en el Ecuador", *Biodiversidad en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Argentina, 22 de junio de 2009.

Consultado en:

<http://www.biodiversidadla.org/content/view/full/50060>

Fecha de consulta: 10/04/2014.



"...He aquí derechos de un orden distinto y de un carácter complementario, los derechos de los pueblos y los derechos de la ciudadanía, pero los segundos, los derechos de la ciudadanía, pueden utilizarse para escamotear los primeros, los derechos de los pueblos. Es lo que está ocurriendo con el desarrollo legislativo de la Constitución ecuatoriana".

La Constitución del Ecuador reconoce el derecho de “ las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas” a “ la consulta previa, libre e informada” sobre los “ planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente” (art. 57.7). También reconoce a “ las ecuatorianas y ecuatorianos” todos y todas el derecho “ a ser consultados” (art. 61.4) por iniciativa no sólo institucional, sino también ciudadana (art. 104). Análogamente, para materia ambiental, la Constitución contempla como derecho ciudadano una consulta “ a la comunidad” sin mayor especificación (art. 398). He aquí derechos de un orden distinto y de un carácter complementario, los derechos de los pueblos y los derechos de la ciudadanía, pero los segundos, los derechos de la ciudadanía, pueden utilizarse para escamotear los primeros, los derechos de los pueblos. Es lo que está ocurriendo con el desarrollo legislativo de la Constitución ecuatoriana.

Para medirse la magnitud del posible escamoteo, conviene también que nos fijemos previamente en el encuadramiento constitucional del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución declara que los reconoce de conformidad consigo misma y “c on los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos” (art. 57, inicio). Al efecto, convenio es el Convenio de la

Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; declaración, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante Convenio y Declaración respectivamente). La misma terminología constitucional que identifica el derecho en cuestión (“ consulta previa, libre e informada”) procede de dichos instrumentos internacionales. La Declaración, usando casi las mismas palabras del Convenio para reformular y reforzar su planteamiento, dispone que “ 1 os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado” (art. 19).

Tal es lo que dispone entonces la Constitución, a lo que debe enseguida añadirse que no lo ha comenzado a entender así su propio desarrollo legislativo. Leyes inmediatas a la Constitución y tan importantes por ejemplo como la de minería ya enervan los derechos de los pueblos indígenas y principalmente el de consulta, un derecho que es garantía para todo el resto. Y el caso es que esta deriva no parece que vaya a rectificarse. Muy al contrario, todo indica que va a consolidarse y acentuarse. Llega ahora un proyecto de Código de Ambiente y Agua que es una verdadera ley ómnibus, un código sobre ambiente, agua, naturaleza, ecosistemas, fuentes de energía, biodiversidad terrestre y marina, especies amenazadas y exóticas, biotecnología, transgénicos, recursos y desechos, productos químicos y todos los negocios y gestiones, salvaguardas y aprovechamientos, concebibles respecto a todas estas materias y alguna más. Se trata de un código del manejo de la naturaleza realmente notable, bien que aquejado de un serio problema, al menos uno, de índole constitucional, el del atropello de los derechos de los pueblos indígenas comenzándose por la garantía de la consulta.

Cataloga a su inicio el Código una serie de “ Principios Ambientales” entre los que figura el de la interculturalidad, el de una interculturalidad que se define en unos términos de convivencia sin referencia alguna a derechos: “ La integración de las distintas visiones del desarrollo sustentable, y equidad de género social y étnica en todos los niveles de gestión y de gobierno. La promoción de relaciones positivas de respeto mutuo entre los distintos

componentes socioculturales del país, para construir una gestión ambiental pluralista. En la gestión ambiental se reconocerán, respetarán, fortalecerán e incluirán la identidad, las cosmovisiones, la diversidad de género y de las comunidades, pueblos y nacionalidades”. No se dice que se reconocerán, respetarán y fortalecerán los respectivos derechos, los derechos que reconocidos ya lo están por la Constitución. El Código ni los respeta no los fortalece en absoluto.

Los derechos de los pueblos se registran incluso declarándolos en esta materia de carácter prevalente sobre los derechos de las personas: “ Los derechos ambientales de las comunidades, pueblos y nacionalidades son complementarios y concurrentes en relación con los derechos ambientales de las personas. En caso de antagonismo, se aplicará los derechos ambientales de las comunidades, pueblos y nacionalidades”; “ las comunidades, pueblos y nacionalidades son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en especial, de aquellos derechos colectivos relacionados con el ambiente y la naturaleza para tal efecto, se establecerán las normas especiales para su protección y ejercicio, reconociendo además las formas ancestrales de organización interna y de uso y administración de los recursos naturales que les corresponden; sin perjuicio de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos colectivos”. Bien está, pero ¿dónde se encuentra esa garantía principal de estos derechos que es la consulta? Se buscará en vano. Con los pueblos como sujetos, no consta en ningún pasaje ni opera en paraje ninguno del Código.

En el Código figura la consulta, pero es sobre todo la más específica del artículo 398 de la Constitución antes referido, el que la remite “ a la comunidad” sin más especificación (art. 398). Según el proyecto del Código de Ambiente y Agua se trata de una forma de “ participación de la sociedad civil”. La consulta que así contempla se presenta como “ una herramienta que garantiza la articulación de los derechos ambientales de las personas con los derechos de la naturaleza y el desarrollo sustentable, que viabiliza el *sumak-kawsay*” (buen vivir en quichua). A estos efectos de consulta, ahora precisamente, se produce la evaporación de “ los derechos ambientales de las comunidades, pueblos y nacionalidades” que se han declarado prevalentes. A los efectos de la consulta, la desaparición es de

momento absoluta: “ La consulta y participación ciudadana es un proceso, condición y mecanismo bidireccional y continuo por el cual la sociedad civil y el gobierno establecen un diálogo, generan alianzas, comparten información e interactúan para diseñar, ejecutar y evaluar políticas, proyectos y programas que afectan al ambiente”. Luego el propio Código, como veremos, se referirá a consulta “ a comunidad” sin especificar y sin reparar el olvido de los pueblos indígenas como sujetos del derecho.

En el libro del Código sobre aguas reaparecen, junto a “ los propietarios privados”, los pueblos indígenas, “ los pueblos ancestrales, nacionalidades y comunidades”, dotados de derechos que ahora, con objeto más tangible como sea el de los recursos hídricos, no se declaran prevalentes. También comparecen cuando se trata del manejo de la biodiversidad y de áreas naturales, pero sin registro en este apartado de derechos. “ El Estado reconoce el aporte de los pueblos ancestrales y comunidades locales al manejo y conservación de la biodiversidad” y pasa a asignarles una reserva estricta sin reconocimiento de derechos y con endorso de obligaciones: “ Las tierras comunitarias de las comunidades, pueblos y nacionalidades que se encuentren en una zona a ser declarada como área del Patrimonio Nacional de Áreas Naturales, asentadas en ellas con anterioridad a la declaratoria, les serán adjudicadas como parte del área natural protegida, con la finalidad de garantizar la integridad del área, la conservación de la biodiversidad y la supervivencia de las comunidades que la habitan”. Entre estas previsiones sigue sin haber nada sobre consulta específicamente indígena, la consulta prevista por la Constitución, por el Convenio y por la Declaración.

Respecto a los derechos sobre el agua, se prevé que puedan ejercerse por “ comunidades, pueblos y nacionalidades” tanto individual como colectivamente: “ por si mismos directamente o a través de sus representantes, de conformidad con lo prescrito en las normas constitucionales, en esta ley y en otras leyes que se dicten para el ejercicio de sus derechos”. En este momento clave de la determinación de unos derechos, los mismos se someten a ley relegándose lo dicho por la Constitución misma sobre Convenio y “ demás instrumentos” como la Declaración. No se olvida sin embargo plenamente el Código de unos compromisos constitucionales e internacionales respecto a derechos indígenas. Todo

ello, inclusive la consulta, regresa a lo largo de su extenso desenvolvimiento, pero sin capacidad nunca para situar los derechos de los pueblos indígenas en el lugar que constitucional e internacionalmente les corresponde. En ningún momento se recuperan las condiciones para que la consulta opere como garantía principal de tales derechos de pueblos.

Compruébese: “ Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos” las entidades indígenas, “ de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”, cuentan con “ el derecho colectivo a participar en el uso, usufructo, administración y conservación del agua que fluya en sus tierras” y con participación en “ las organizaciones de cuenca que se constituyan en las cuencas y subcuencas en que sus tierras se encuentran” del modo previsto por la propia ley. A la hora de la verdad, por lo que interesa a derechos de los pueblos indígenas, no es la Constitución ni desde luego el Convenio como tampoco la Declaración la norma que prevalece, según en principio corresponde, sino la ley, esta forma de determinación política que se está practicando sin consulta. No extrañará que el proyecto de Código de Ambiente y Agua no haga previsión alguna para consultarse él mismo con los pueblos indígenas según lo requieren categóricamente el Convenio y la Declaración.

Hay más en el Código, algo nuevamente de carácter general, pero especialmente aplicable, por su forma de expresarse, a caso indígena: “ 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”. Al final, igual que al principio, la decisión es de la

ley o incluso del ejecutivo. En verdad, esta previsión tan restrictiva del derecho indígena ya se encuentra prevista en la Constitución misma: “ Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (en el art 57.7 citado).

Compárese en todo caso con el proyecto de Código el bloque que conforman respecto a derechos de los pueblos indígenas Constitución, Convenio y Declaración. La evidencia es concluyente: el Código de Ambiente y Agua choca frontalmente con sus previsiones superiores. Es entonces inconstitucional además de lesivo de derechos humanos. Lo malo es que esto no contrasta con el desarrollo legislativo de la Constitución ya habido pues las leyes vienen ciertamente marcando la tendencia contraria a Constitución, Convenio y Declaración en lo que toca a derechos de los pueblos indígenas. En definitiva, después de reconocerse constitucionalmente con toda formalidad, en el Ecuador se está escamoteando los derechos de los pueblos indígenas.

Permítaseme una penúltima referencia a otro pasaje de la Constitución pues lo que dispone implica que los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente deben prevalecer ante la justicia y en la práctica frente a las leyes y las políticas que los conculcan: “ Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a los establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos por la Constitución”. Insistamos. Tratado de derechos humanos es el Convenio. Otro instrumento de derechos humanos es la Declaración.

Mi última referencia constitucional es ésta: “ Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales...” (art. 98). Una forma de ejercer la resistencia es la acción de inconstitucionalidad que ya por ejemplo se ha presentado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador contra la Ley de Minería mencionada.

Anexo: Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley de Minería (Acción presentada por la CONAIE y varias Coadyuvancias, documentación obrante en el sitio de RAMA, Red Jurídica para la Defensa de la Amazonía).