

# La consulta como un derecho político de los pueblos indígenas

Norman Wray

En abril de 1998, pocos meses antes de que la Asamblea Nacional Constituyente aprobase una nueva Constitución para Ecuador, el Congreso Nacional ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

Para los que creemos que la Constitución y los tratados internacionales deben servir para algo, analizar el alcance de estos dos cuerpos legales en relación al derecho colectivo de consulta de los pueblos indígenas es clave.

No se puede arrancar el análisis sin apelar a un espacio de reflexión teórica sobre el desarrollo de la concepción liberal de los derechos, frente a los nuevos desafíos que plantea el reconocimiento de los llamados derechos colectivos.

La concepción liberal de democracia desarrolló la idea de derechos individuales a través de la historia de occidente. Como textos positivos estos planteamientos vieron la luz en las constituciones resultantes de procesos revolucionarios, tanto en las colonias inglesas en Norteamérica, como en Francia. La esencia de estas declaraciones se centra en las llamadas *verdades evidentes* que Thomas Jefferson defendía, aquellas del individuo frente al Estado y de cómo el Gobierno tenía *justos poderes* derivados del consentimiento de los gobernados. Por su lado, los revolucionarios franceses impulsaron la idea de los derechos del hombre y el ciudadano.

En nuestros días todo ese desarrollo político y teórico se conoce bajo el nombre de *derechos humanos*, los cuales en su mayoría implican la visión de los derechos de los individuos en relación con el Estado.<sup>1</sup> En este marco, la introducción de la noción de colectividad es un cambio radical en la teoría tradicional de los derechos humanos.

Las críticas al reconocimiento de derechos colectivos no han sido solo patrimonio de la derecha, sino que en la izquierda también se han hecho presentes. Por ejemplo, en la visión socialista del derecho la vigencia de un Estado nación era fundamental (igual cosa ha sucedido con el liberalismo). La razón: la solidaridad, factor necesario para la consecución de la justicia social, podía verse menoscabada al reconocerse distintas identidades nacionales. La reflexión parte de la aceptación de que la viabilidad del socialismo descansa en el principio de la distribución según las necesidades. Para ello siempre será necesario el sacrificio de unos por los otros, lo cual solo es posible compartiendo una causa común, una identidad nacional.<sup>2</sup>

En el caso del liberalismo las críticas a los derechos de las minorías también han sido extensas. Éstas propugnan que el Estado no debe ayudar a las culturas a sobrevivir, pues si una *cultura societal* aspira a salvarse serán sus miembros quienes deberán esforzarse por que ello ocurra.

Si la cultura desaparece poco a poco, desde esta interpretación, significa que algunas personas consideran que ya no es importante adherirse a ella. Así, el único papel que tiene que representar el Estado es el de una *omisión bienintencionada*, respecto a las diferencias étnicas y nacionales.<sup>3</sup> Es decir, que las contradicciones se resuelvan casi dentro de la lógica de la oferta y la demanda en el mercado de la cultura.

Pero aunque parezca paradójico es desde la misma teoría liberal, replanteada, donde los derechos de las minorías empiezan a encontrar espacio desde la libertad, concepto fundamental en el planteamiento liberal.

Para analizar el problema es necesario abordar el concepto de *cultura societal*, desarrollado por Kymlycka: *una cultura que proporciona a sus miembros unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada. Estas culturas tienden a concentrarse territorialmente, y se basan en una lengua compartida.*<sup>4</sup> Las manifestaciones culturales tienen que ser institucionales, esto es a través de la educación, prácticas sociales, económicas y políticas.

Partiendo de la definición anterior se empieza a percibir la complejidad de haber declarado al Ecuador, en la Constitución vigente, como un Estado pluricultural y multiétnico. A su vez, en el mismo cuerpo normativo, se estableció el respeto y estimulación al desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos, a más de que los idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas. Estas definiciones tienen un alcance profundo al momento de construir un nuevo Ecuador (art. 1 Constitución del Ecuador).

Kymlycka establece que de la misma manera que las culturas societales son casi invariablemente culturas nacionales, las naciones son casi invariablemente culturas societales.<sup>5</sup> Por lo que definir o no al Estado ecuatoriano como plurinacional, ya no es condición única y necesaria para el desarrollo institucional de los derechos colectivos indígenas: el haber reconocido constitucionalmente a la pluriculturalidad abrió ese espacio.

La realidad es que Ecuador es un Estado multinacional. El concepto nación se usa en este trabajo, *como una comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas. La noción de nación, en este sentido sociológico, está estrechamente relacionada con la idea de pueblo o de cultura; de hecho, ambos conceptos resultan intercambiables. Un país que contiene más de una nación no es, por tanto, una nación-Estado, sino un Estado-multinacional, donde las culturas más pequeñas conforman las minorías nacionales.*<sup>6</sup>

Diego Iturralde también aporta a ejemplificar la crisis de los Estado nación, cuando explica que *los pueblos y comunidades indígenas, que han protagonizado a lo largo de cinco siglos incontables episodios de resistencia indudablemente han cambiado, se han transformado, pero nunca han dejado de ser distintos y ahora ponen en evidencia este resultado histórico: una nación incompleta, por no decir inviable*.<sup>7</sup>

Conceptos como el anterior permiten entender la importancia de la nación en la vida de los Estados. En Ecuador, por ejemplo, la historia del desarrollo petrolero es una muestra que refleja un discurso oficial y una visión de nación compartida por una mayoría frente a una minoría. ¿Cómo? Bajo las premisas de un imaginario colectivo en que la sociedad ecuatoriana percibía a la amazonía como una tierra baldía en donde *unos pocos indios habitaban*, se impulsó la colonización del oriente. Una de las consecuencias de la actividad fue el desplazamiento y afectación a vastas extensiones de tierra, hogar de pueblos indígenas amazónicos.

En oposición a lo señalado, la protección legal a los derechos indígenas transforma la concepción anterior cuestionando una visión excluyente u otras integracionistas, que ven la necesidad, por un lado, de dejar de contar con las minorías, y por el otro, de integrarlas a la mayoría, como única posibilidad de subsistencia. En ambos casos el riesgo de desaparacimiento como culturas es evidente.

Si bien la concepción de los derechos desde la óptica liberal occidental pone al descubierto la intención de eliminar las diferencias en un plano universal ideal, de deber ser, de la declaración de principios, también es desde el liberalismo que en ejercicio del derecho a la libertad y la igualdad, esas culturas societales plantean la necesidad de plantearse su propio plan de vida, en ejercicio de la autodeterminación.

Esta posibilidad también nace desde derechos propiamente liberales, como la libertad de expresión y asociación. Y es a través del ejercicio de ellos que las culturas societales pueden encontrar uno de los canales de expresión y satisfacción a sus demandas. Pues al cuestionar la imposición desde el Gobierno de una cultura oficial, supuesta expresión de la mayoría, los pueblos indígenas están haciendo uso de su derecho a la libertad.

El camino, sin embargo, no ha sido fácil. ¿Por qué? Bueno, no se puede olvidar que la noción de derechos en el mundo occidental descansa en la noción de dignidad. Fruto de la evolución desde el feudalismo hacia la sociedad burguesa. En el primero las relaciones eran jerárquicas y basadas en el honor, y en la segunda se impulsó la idea de dignidad ejemplificada en derechos compartidos por todos por el solo hecho de ser seres humanos o en algunos casos ciudadanos. Es decir, se intentó romper las jerarquías sociales basadas en el honor, entendido éste como sustento de desigualdades. Al decir de Taylor, *para algunos tener honor en este sentido era esencial, porque no todos lo poseían*.<sup>8</sup>

Los libertadores *criollos*<sup>9</sup> intentaron sustentar sus ideas libertarias inspirados en Francia y Estados Unidos, por lo que el desarrollo constitucional es parecido. Pero al contrario de los procesos descritos, los cuales distan de ser perfectos,<sup>10</sup> el ejercicio de los derechos en países como Ecuador continuó como una cuestión de honor, en otras palabras, de privilegios de unos pocos sobre el resto. Dinero, apellidos, relaciones garantizan, hasta ahora, un trato discriminatorio, no solo a los indígenas sino a la mayoría de la sociedad mestiza.<sup>11</sup>

Por esta razón el que la institucionalidad democrática del Ecuador trate de dar respuestas a estas relaciones inequitativas, debe ser considerado como un avance crucial en el fortalecimiento del Estado Social de Derecho.

Y no podría ser de otra forma, pues, siguiendo el pensamiento liberal de Ronald Dworkin, la igualdad política supone que *los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho a una atención y a un respeto de parte de su Gobierno iguales a los que los miembros más poderosos se aseguran por sí mismos, de tal forma que si ciertos individuos tienen la libertad de tomar decisiones, sean cuales sean los efectos de esas decisiones sobre el bien común, todos los individuos deben tener la misma libertad*.<sup>12</sup>

Para Touraine lo señalado por Dworkin es la manera como la democracia va más allá de la simple igualdad abstracta de los derechos, para convertirse en la forma a través de la cual, invocando derechos, se combate la desigualdad y se lucha por el acceso a los espacios de decisión pública.<sup>13</sup>

Para continuar con el análisis del derecho de consulta como un derecho que permite el ejercicio democrático de la igualdad, utilizaremos el análisis de una sentencia de la Primera Sala del Tribunal Constitucional,<sup>14</sup> en la cual se hacen interesantes aproximaciones a la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. El fallo resuelve por apelación un recurso de amparo interpuesto por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) contra la empresa petrolera Arco Oriente Inc; por violación de derechos colectivos de los primeros por parte de la compañía citada.

El Tribunal reconoce, al confirmar la sentencia de primera instancia del juez de Macas, que un convenio internacional sobre derechos humanos puede ser invocado y utilizado para resolver un caso de violación de derechos colectivos (Convenio 169 OIT). Este instrumento internacional garantiza con fuerza vinculante estos derechos de los pueblos indígenas.

De la lectura de la decisión se puede colegir que el Tribunal observa, en el sentido que se establece en el Convenio 169 OIT, tres ejes clave de derechos de los pueblos indígenas. Uno, la autodeterminación entendida como el derecho de ser partícipes activos de su propio desarrollo, fijando sus prioridades económicas, sociales y culturales. Más aún cuando los procesos de desarrollo nacional pueden afectar sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera. Dos, el reconocimiento y protección de los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de esos pueblos. También abarca el respeto a sus instituciones de esos pueblos que en definitiva, entre otras, son sus expresiones organizativas y culturales. Tres, el reconocimiento y respeto a la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene el territorio.

Pese a que la naturaleza del amparo hace que tenga relación exclusiva con el caso y las partes intervinientes, se ve un cambio de percepción en la forma como el Estado ha venido tratando el tema indígena. De esta manera, el Convenio 169 de la OIT empezó a ser utilizado como lo que es: un instrumento para la protección de los derechos indígenas. Así, el Estado se compromete a reconocer la diversidad y a protegerla para que subsista en el tiempo. ¿Cuál es el alcance de este hecho? Que el Estado ya no debe intentar integrar

a los indígenas a la cultura dominante a pretexto del desarrollo del país, sino que respeta a estos pueblos, intentando establecer un diálogo democrático de interrelación cultural.

De una u otra manera este es el espíritu del Convenio 169 de la OIT cuyos avances significativos son dos: el reconocimiento de la autodeterminación de estos pueblos y la consulta como mecanismo para que el derecho anterior pueda ser ejercido. Por lo que el derecho de consulta es un eje fundamental para la vigencia de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Natalia Wray, al analizar los impactos de la actividad petrolera sobre la cultura, economía y organización indígena, permite definir ciertos contenidos mínimos esenciales con relación a los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas amazónicos, y específicamente nos permite ver la importancia y complejidad del derecho de consulta. Cinco áreas para abrir el debate son las que se ponen en el tapete: su autonomía como pueblos, organización, territorialidad, economía, y, reproducción social y cultural.<sup>15</sup>

- a) La autonomía, de acuerdo a la Coordinadora de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA), apunta a contar con condiciones externas e internas para que los pueblos puedan ejercer control sobre sus procesos. Como lo interpreta la autora es ante todo un derecho político, una forma de interrelación con el resto de la sociedad.<sup>16</sup> En el desarrollo de los derechos colectivos los de consulta y participación podrían estar garantizando que esta autonomía se pueda hacer efectiva (num 5 artículo 84, Constitución del Ecuador y artículo. 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT).<sup>17</sup>
- b) La organización se comprende como las relaciones internas de poder, su institucionalidad (tradicional o formal). Mecanismos de toma de decisiones y las formas como se interrelacionan no solo internamente sino externamente con otras instancias de la sociedad. El derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propias formas de organización es lo que el Tribunal defiende cuando cuestiona la conducta de la petrolera en el caso de FIPSE contra ARCO, ejemplificada en una serie de acciones encaminadas a producir división en la organización.<sup>18</sup>
- c) La territorialidad implica trabajar en el entendimiento del territorio como un espacio necesario para la subsistencia y el desarrollo de la cultura, por lo que conceptos occidentales relacionados con la propiedad se quedan cortos para entender este problema. La tierra, bajo este marco, no es un bien de intercambio.<sup>19</sup>
- d) La economía apunta a la comprensión de cómo los indígenas se plantean sus procesos de desarrollo con base a prioridades propias, y cómo a su vez, una actividad como la petrolera afectaría a esas formas tradicionales de interacción de la cultura con el mundo natural.<sup>20</sup>
- e) La reproducción social y cultural, apunta a contar con las condiciones para el desarrollo de los procesos culturales y sociales como ejercicios autónomos, donde se combinan las nociones de continuidad y cambio con miras a responder a las necesidades presentes y futuras como pueblos, con su identidad específica.<sup>21</sup>

Aunque el Tribunal Constitucional no hace un análisis tan profundo sobre los impactos, sí recrimina la política de relaciones comunitarias de la empresa petrolera. Con ello

busca evitar la violación de derechos constitucionales colectivos consagrados en la Constitución y en el Convenio 169 OIT y que afectan grave y directamente al interés comunitario del pueblo agrupado en FIPSE. Por ende, comienza a modificarse una concepción tradicional de los derechos individuales por vía de la jurisprudencia constitucional. Lo cual debe y tiene que tener un impacto transformador sobre las políticas hidrocarburíferas del Estado.

El fallo fue claro: Arco fue impedida de acercarse a los individuos u organizaciones de base, dentro y fuera del territorio de FIPSE, promover acercamientos o reuniones con intenciones de dialogar con cualquier individuo, centro o asociación perteneciente a FIPSE, sin la debida y legítima autorización de la Asamblea de la Federación a través de su directiva. Dicho de otra forma, el Tribunal acepta la importancia que tiene el respeto a las instituciones representativas indígenas, ya que las ve como una manifestación de su cultura.

Pero, al mismo tiempo la Primera Sala del Tribunal señala que esto en ningún caso coarta las relaciones interpersonales que no acarreen compromisos o significados sociales o comunitarios, que puedan desarrollarse independientemente y libremente entre asociados o no. Ese es un reconocimiento expreso a los derechos individuales de los miembros de la FIPSE. El tema no puede pasar desapercibido, pues ya ha sido analizado en la doctrina como un punto de tensión producido por un término que puede ser confuso: el de derechos colectivos.

La teoría tradicional de los derechos humanos, en su forma ortodoxa, ve con recelo el que se reconozcan derechos especiales a grupos de personas. Para sus defensores, hacerlo, violaría el derecho a la igualdad, ya que se estaría brindando un trato preferencial a ciertos grupos. Además de insistir en el hecho de que solo los individuos tienen derechos. Pero la realidad es más compleja en la enmarañada vida de las relaciones sociales. Y justamente es necesario buscar la igualdad a través de cierta protección por medio de la ley, para tratar de equiparar relaciones que en principio distan de ser equitativas.

Kymlicka aporta a la discusión con una categoría interesante para superar la confusión del término *derechos colectivos*. El autor señala dos tipos de reivindicaciones que un grupo étnico o nacional podría hacer. El primero implica la reivindicación de un grupo frente a sus propios miembros; el segundo la reivindicación de un grupo frente a la sociedad en la que está englobado.<sup>22</sup> Al primero llama restricciones internas y a la segunda protección externa. A ambas, según Kymlicka, se las conoce como derechos colectivos.

La preocupación de los liberales es que el ejercicio de restricciones internas afecte a las libertades civiles y políticas de los individuos. Un ejemplo sería la intervención del Estado para obligar a la población, o a una parte de ella, a cumplir con servicios religiosos o que las mujeres cumplan un rol específico por el solo hecho de serlo.<sup>23</sup> Las protecciones externas en cambio buscan amparar al grupo de las decisiones de la sociedad mayor. En virtud de ello reconocen derechos territoriales, de participación, etc.

Estos dos tipos de restricciones son las que están en juego cuando el Tribunal se pronuncia sobre la libertad de los miembros de FIPSE. La cual se refiere a la facultad que los miembros agrupados en esa organización tienen, para desa-

rollar relaciones interpersonales que no acarreen compromisos o significados sociales o comunitarios en ejercicio de sus derechos individuales. Por un lado, dentro de un Estado de Derecho, no se podría coartar los derechos individuales de las personas (se limita las restricciones internas), y por otro se brinda protecciones externas frente a las decisiones de la *sociedad mayor*.

Dentro del liberalismo esto sería justo lo deseado, y lo que no, sería incompatible con la democracia. En el caso del Ecuador que se declara como respetuoso de los derechos humanos también sería el camino. Es decir, en palabras de Kymlicka *cuando se trata de promover la equidad entre los grupos, pueden y deben postular[se] determinadas protecciones externas, pero deben rechazar[se] las restricciones internas que limitan el derecho de los miembros de un grupo a cuestionar y a revisar las autoridades y las prácticas tradicionales.*<sup>24</sup>

Con estos antecedentes, un análisis que sostenga que el principio de igualdad de manera abstracta basta para normar una relación, en este caso, entre una compañía petrolera e indígenas, no estaría tomando en cuenta la correlación de fuerzas en un acercamiento de ese tipo. Bajo ese punto de vista todo el desarrollo del derecho laboral, que regula la relación entre dueños del capital y trabajadores asalariados, no hubiera tenido sentido.

Por lo tanto, aunque suene paradójico, parecería que justamente dentro de la teoría política que propugna una visión de igualdad que afectaría a las minorías, es donde los derechos de las minorías pueden encontrar cabida. Además, en un Estado Social de Derecho, como Ecuador, se acepta la intervención del Estado a fin de proteger los derechos de todos los ciudadanos y más aún de los más desfavorecidos.

Es por ello que la resolución de la Primera Sala del Tribunal Constitucional abre un espacio de discusión importante para cuestionar el discurso oficial de *que unos pocos se oponen al desarrollo del país*. En un Estado Social de Derecho, la voz de esos pocos tiene fuerza y además protección constitucional para que sea escuchada. La sentencia del Tribunal Constitucional obliga a que el Estado cuente con el asesoramiento, opinión y asistencia de los pueblos indígenas, cuando el Gobierno esté pensando en desarrollar proyectos de explotación de recursos naturales renovables y no renovables en territorios indígenas. Porque no solo la justicia, sino el diseño de Estado al cual toda la sociedad debe someterse, así lo estipula.

## La visión estatal sobre el derecho de consulta.

### Un breve acercamiento

Como ya se señaló líneas arriba, el Convenio 169 de la OIT estableció a la consulta como el mecanismo a través del cual la autodeterminación de los pueblos indígenas puede ser ejercida. El artículo 6 de este cuerpo legal es claro al respecto:

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
  - a). consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;...

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Más adelante en los numerales 1 y 2 del artículo 15 se establece que:

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.
2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

La Constitución vigente también recogió este principio en el numeral 5 del artículo 84: *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 y culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.*

Al revisar los textos precedentes se puede expresar que este es el marco constitucional al cual debe regirse el ejercicio del derecho de consulta. Por ello llamó la atención cuando el Gobierno ecuatoriano el 14 de septiembre del 2000 envió, dentro de la Ley Modificatoria de la Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana, promulgada en el suplemento del R.O. No. 144, del 18 de agosto del 2000 (mejor conocida como Trole 2), los siguientes artículos, dentro de las reformas a la Ley de Hidrocarburos:

*Consulta. Antes de la ejecución de planes y programas sobre exploración o explotación de hidrocarburos, que se hallen en tierras asignadas por el Estado ecuatoriano a comunidades indígenas o pueblos negros o afroecuatorianos y, que pudieren afectar el ambiente, Petroecuador sus filiales o los contratistas o asociados, deberán consultar con las etnias o comunidades. Para ese objeto promoverán asambleas o audiencias públicas para explicar y exponer los planes y fines de sus actividades, las condiciones en que vayan a desarrollarse, el lapso de duración y los posibles impactos ambientales directos o indirectos que puedan ocasionar sobre la comunidad o sus habitantes. De los actos, acuerdos o convenios que se generen como consecuencia de las consultas respecto de los planes y programas de exploración y explotación se dejará constancia escrita, mediante acta o instrumento público.*

Solo como una información relevante, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo citado, pero es un buen ejemplo para analizar el alcance del derecho de consulta y la visión que el Gobierno tiene de este derecho, utilizando como herramientas el Convenio 169 de la OIT y la Constitución.

Las observaciones son las siguientes:

1. El artículo limita la consulta a los pueblos asentados en las tierras asignadas por el Estado, con lo cual está en franca contradicción con lo que estipula el Convenio 169 de la OIT. El cual establece que *...la utilización de término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.*
2. El Convenio es claro al señalar que son los Gobiernos los que deberán consultar a los pueblos interesados, y no como se propuso, otorgando a los contratistas o asociados la obligación de consultar a los pueblos indígenas. En este punto el artículo trata de la consulta previa, la cual debe ejercerse cuando se planeen medidas susceptibles de afectar directamente a estos pueblos. No cabe, por lo tanto, que un contratista o un asociado sea quien consulte, ya que el Estado con anticipación a la toma de una decisión respecto a la exploración o explotación en territorios indígenas, debe consultar para evaluar la viabilidad justamente de esa decisión. Por otro lado, es el Estado el llamado a velar por los derechos humanos de su población y no necesariamente las compañías transnacionales. Aunque éstas últimas no están exentas de respetarlos, sino que en última instancia el Estado garantiza esos derechos.

Para explicar mejor este hecho hay que entender que en el caso petrolero, por ejemplo, con anticipación al lanzamiento de nuevas rondas de licitación, debe haberse realizado la consulta previa. Esta servirá para que el Gobierno delimite los bloques petroleros que serán presentados al mercado internacional, respetando el proceso interno de consulta con los pueblos indígenas. En caso de que esto no suceda, la inconstitucionalidad de la convocatoria a esa ronda petrolera sería evidente.

La importancia de la consulta como un mecanismo de participación social se encuentra reforzada por la Ley de Gestión Ambiental. Este cuerpo normativo en el artículo 28 establece que: *Toda persona natural o jurídica tiene derecho a participar en la gestión ambiental, a través de los mecanismos que para el efecto establezca el Reglamento, entre los cuales se incluirán consultas, audiencias públicas, iniciativas propuestas o cualquier forma de asociación entre el sector público y el privado. Se concede acción popular para denunciar a quienes violen esta garantía, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal por acusaciones maliciosamente formuladas. El incumplimiento del proceso de consulta a que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos.* El artículo 88 de la Constitución establece que toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, deberá contar previamente con los criterios de la comunidad, para lo cual ésta será debidamente informada.

Sin embargo, al revisar las disposiciones del Convenio 169 OIT, el ejercicio del derecho de consulta en relación a pueblos indígenas tiene un alcance más amplio que el reconocido a la población ecuatoriana en general, en materia ambiental. Es decir, la consulta es un derecho permanente al cual los pueblos indígenas tienen acceso, como un mecanismo para controlar, en la medida de lo posible, su proceso de desarrollo.

3. El derecho de consulta no se agota en el mero proceso informativo. La audiencia pública para *explicar y exponer* no es suficiente y se necesita más que eso para ejercer el derecho de consulta. La razón: la consulta es el mecanismo a través del cual los pueblos indígenas, en relación con el Estado, tienen la posibilidad de ejercer su derecho de autodeterminación, amparado por el Convenio 169 OIT en el numeral 1 del artículo 7: *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.*

Por lo tanto, la consulta previa no se agota en audiencias públicas, menos aún la consulta como ejercicio de participación en el desarrollo de los proyectos de desarrollo con potencialidad de afectarles directamente.

4. Si es que la visión estatal constante en el artículo analizado es solamente informar, la buena fe de la que habla el numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 OIT estaría siendo afectada.<sup>25</sup> Si eso es así, entonces la consulta no tendría sentido. Claro está, que sin información es imposible que los pueblos indígenas estén en capacidad de tomar una decisión consciente acerca de la medida propuesta. Pero, la información no basta para garantizar que el derecho de consulta sea respetado. La información tiene que ser procesada, entendida y analizada.
5. El proceso de consulta como ejercicio de un derecho político debe ser valorado y entendido por el Estado, como la oportunidad de otorgar legitimidad a sus políticas, en el marco de una escala de valores descrita por la misma Constitución. En base a ella asegurar la vigencia de los derechos humanos, defender el patrimonio natural y cultural del país y preservar el crecimiento sustentable de la economía, así como la erradicación de la pobreza, son deberes primordiales del Estado (art. 3 Constitución. Num. 2, 3 y 4). Dicho de otra manera, éste debe valorar los resultados y sopesar los impactos económicos, sociales y culturales sobre los pueblos indígenas antes de impulsar proyectos de desarrollo. Solo así la buena fe de la cual habla el Convenio 169 OIT alcanza su verdadero significado: que la consulta no debe efectuarse luego de que la decisión fue tomada, o como un simple requisito formal para viabilizar una actividad determinada, intentando otorgarle ciertos ribetes de legalidad.<sup>26</sup>
6. Otro tema de amplia discusión en el ejercicio del derecho de consulta se relaciona con el alcance de expresiones como *acuerdo, consentimiento...* . Fergus Mackay

hace una reflexión interesante sobre el alcance que los Estados otorgan a estos términos. Señala el autor que los Estados pueden atribuir un significado particular al término dependiendo de la importancia que le asigne a los temas tratados.<sup>27</sup>

Esta realidad es preocupante, pues depende de lo que en momentos coyunturales se entiende como *prioridades nacionales*. Es decir, el nivel y profundidad de la participación de los pueblos indígenas en la consulta en materias relacionadas con educación bilingüe, por ejemplo, puede distar del interés que el Estado tenga en permitir un nivel igual de participación en temas petroleros.

Por ello la propuesta de Mackay se presenta como obvia... *debería hacerse algún esfuerzo para obtener una declaración definitiva del Estado sobre cómo interpreta el estándar y luego comparar esta interpretación con el significado atribuido en el tratado.*<sup>28</sup>

De primera mano se puede afirmar que en la propuesta gubernamental constante en los planteamientos de las leyes *Trole 1 y 2*, como se ha analizado hasta ahora, el estándar otorgado a la consulta en materia petrolera, por ejemplo, es muy pobre.

Al revisar el Convenio 169 OIT, no se encuentra un artículo específico que de poder de veto a los pueblos indígenas sobre las políticas estatales. Pero esto se debe a dos razones principales: una, son los Estados los que se obligan en el derecho internacional a través de convenios internacionales; dos, un convenio no puede formular directrices detalladas sobre las condiciones precisas en que todas las actividades pueden o no tener lugar. Su finalidad es proporcionar un marco general.<sup>29</sup> Esto último facilita que las distintas realidades de los países miembros de la OIT puedan adecuarse al Convenio, para que éste pueda ser ratificado sin problemas por los Estados.

Sin embargo, en ningún caso un convenio es un instrumento neutro. Es un documento de alto contenido político que trata de responder a una situación determinada. En ese sentido se inspira en una serie de motivaciones y es el fruto de un proceso de negociación difícil y larga. Al comparar los estándares gubernamentales con los tratados suscritos, la lectura tiene que apuntar a comprender de la mejor manera el espíritu del instrumento internacional.

Cuando se revisa los considerandos del Convenio 169 OIT, entre otros, hay uno en especial que sirve de guía, específicamente el inciso quinto, que dice que: *recono-*

*ciendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven...*

Con estos antecedentes, términos como acuerdos o consentimiento adquieren un peso jurídico y político fundamental, ya que comprometen la capacidad de control de los pueblos indígenas sobre su desarrollo como tales. Vista la gravedad del caso, los procedimientos establecidos para llegar a establecer acuerdos o consentimientos sobre las medidas propuestas deben reconocer la importancia política del derecho de consulta para los pueblos indígenas, así como para el Estado, al haberse obligado éste último a través de un instrumento internacional.

Lo que está en conflicto es la definición del estándar y del alcance de la consulta como un simple proceso informativo o como un procedimiento para obtener el consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento.<sup>30</sup> En la propuesta analizada, el primer caso (simple proceso informativo), cabe señalar que se estaría contrariando el espíritu del convenio. El segundo, en cambio, se ve que no es el alcance que el gobierno quiere dar al tema. Pero eso ya es un problema de discusión que queda para el proceso de elaboración de los instrumentos legales que instrumentalizarán el ejercicio de este derecho.<sup>31</sup>

Para concluir hay que señalar que fue objetivo de este trabajo poner en evidencia la complejidad del derecho de consulta, al cual se le ha querido minimizar, por los alcances políticos que éste puede tener. Por otro lado, el derecho de consulta es una oportunidad para generar más espacios de participación en la toma de decisiones, por parte de los pueblos indígenas potencialmente afectados por las políticas estatales.

Sin lugar a dudas necesita una amplia dosis de espíritu democrático, tanto de parte de las instancias gubernamentales, como de los consultados. En los primeros, apertura a que la sociedad participe activamente en las decisiones públicas, y de los segundos, voluntad de participar en ellas con las ventajas y riesgos que esto significa. En todo caso, puede servir como una forma de garantizar que los pueblos indígenas controlen su proceso de desarrollo y luchan por subsistir como tales en el tiempo.

## Notas

1. Cfr. Vernon Van Dyke, *The Individual, the State, and Ethnic Communities in Political Theory*, en Kymlicka Will (editor), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Great Britain, 1995, pág. 31.
2. Cfr. Kymlicka Will, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 107.
3. Cfr. Idem, pág. 152.
4. Cfr. Idem, pág. 112.
5. Idem, pág. 117.
6. Idem, pág. 26.
7. Diego Iturralde, usos de la ley y usos de la costumbre. La reivindicación del derecho indígena a la modernización. En Varios Autores, *Derecho, Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, Ediciones Abya - Ayala, Quito, 1993. pág. 127.

## Notas

8. Cfr. Charles Taylor, *The Politics of Recognition*, en Taylor y otros, *Multiculturalism*, Princeton University Press, New Jersey, 1992, pág. 27.
9. Por criollos históricamente se entiende al grupo humano al que pertenecían los hijos de los españoles nacidos en los territorios coloniales. Estos impulsaron, por sus deseos de poder político, los procesos libertarios contra la Corona española y trataron de crear una idea de nación ecuatoriana. Cfr. Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en el Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.
10. Basta recordar que pese a que el derecho a la libertad individual fue reconocido en la Constitución de los Estados Unidos, la esclavitud fue abolida un siglo después fruto de una Guerra Civil. La segregación racial incluso se mantuvo hasta 1960.
11. El problema que Ecuador vivió en el sector financiero es un ejemplo.
12. Dworkin Ronald, *Taking Rights Seriously* citado por Touraine Alain, *¿Qué es la Democracia?*, Ediciones Temas de Hoy, España, 1994, pág. 52.
13. Idem, pág. 54.
14. Resolución No. 247-RA-00-IS, Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador contra Arco Oriente, en el caso signado con el 994-99-RA, Quito, 16 de marzo del 2000.
15. Cfr. Wray Natalia, *Pueblos Indígenas Amazónicos y Actividad Petrolera en el Ecuador. Conflictos, Estrategias e Impactos*, Ibis – Oxfam América, Quito, 2000, pág. 123 y siguientes.
16. Cfr. Idem.
17. La Constitución ecuatoriana establece el derecho de los pueblos indígenas a 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. El Convenio 169 va más allá: 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán: a). Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; ... 2). Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.
18. Cfr. Op. Cit. Wray Natalia, pág. 124.
19. Cfr. Alberto Wray, *El Problema Indígena y la Reforma del Estado* en Op. Cit, *Derechos Pueblos Indígenas y Reforma del Estado*, pág. 56.
20. Cfr. Wray Natalia, Op. Cit. pág. 125.
21. Cfr. Idem, pág. 127.
22. Op. Cit. Kymlicka. pág. 58.
23. Cfr. Idem, pág. 59.
24. Idem. pág. 60.
25. Numeral 2 del artículo 6 del Convenio 169 OIT: *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.*
26. Es interesante sobre ese tema el siguiente testimonio: *Nosotros estuvimos en Tlapa Guerrero, se supone que se llevó a cabo un foro para reglamentar el artículo cuarto constitucional lo cual no fue así, muchos compañeros llegaron, decían que no sabían que había, no pos a mí me dijeron que iba a haber apoyo llevaron como un kilo de solicitudes para caminos, luz, agua nunca les dijeron para qué, nosotros que somos indígenas nos hemos dado cuenta que aún el Estado cree que somos como niños, yo creo que esa no es la forma, nosotros lo que buscamos es nuevo trato con el gobierno, con la sociedad que se nos respete que también nosotros como indígenas tenemos propuestas, pensamos, sentimos como otros sienten.* Gómez Magdalena, *Derechos Indígenas. Lectura Comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Instituto Nacional Indigenista, México D.F., 1995, pág. 64.
27. Mackay Fergus, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Internacional*, Asociación Pro Derechos Humanos, Lima, 1999, pág. 74.
28. Idem.

- Notas*
29. Cfr. Magdalena Gómez, pág. 28.
  30. Cfr. Mackay Fergus, pág. 74.
  31. Este momento se realiza una consultoría a fin de diseñar un reglamento de consulta previa y participación indígena en el sector petrolero, financiado por el Banco Mundial y a través de un equipo del Ministerio de Energía y Minas.
-