

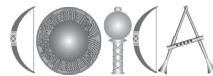
De la Consulta al Consentimiento

Debates y experiencias desde Abya Yala

Land is Life

De la Consulta al Consentimiento

Debates y experiencias desde Abya Yala



2020

DE LA CONSULTA AL CONSENTIMIENTO

Debates y experiencias desde Abya Yala

© *Mateo Martínez Abarca (Compilador)*

Primera edición: © Ediciones Abya-Yala
Av. 12 de Octubre N24-22 y Wilson, bloque A
Apartado postal: 17-12-719
Teléfonos: (593 2) 250 6267 / (593 2) 396 2800
e-mail: editorial@abyayala.org.ec
www.abyayala.org
Quito-Ecuador

ISBN: 978-9942-09-709-5

ISBN Digital: 978-9942-09-710-1

Diseño, diagramación e impresión: Ediciones Abya-Yala
Quito-Ecuador

Tiraje: 300 ejemplares

Impreso en Quito-Ecuador, agosto de 2020

Índice

Presentación	7
José Gregorio Díaz Mirabal	
Introducción.....	11
Mateo Martínez Abarca	
Consulta previa y democracia.....	13
Floresmilo Simbaña	
De la libre determinación al consentimiento: ¿Es necesaria la consulta?.....	25
Raymundo Espinoza Hernández	
El derecho a la consulta no existe.....	35
Diana Milena Murcia Riaño	
Participación, consulta y consentimiento. Los desafíos de los pueblos indígenas a las democracias latinoamericanas	57
Silvina Ramírez	
Los derechos lingüísticos-territoriales en los procesos de consulta previa, libre e informada	67
Adriana Rodríguez Caguana	
Más allá de la consulta: El consentimiento como ejercicio de la libre determinación	79
David Suárez	
Pueblos indígenas aislados: Autonomía y aplicación del derecho de consulta	99
Erika Magami Yamada Fabricio Ferreira Amorim	

Protocolos autónomos de consulta y consentimiento: Una estrategia para efectivización del derecho a la consulta previa, libre e informada en Brasil	129
Luís Donisete Benzi Grupioni	
En el camino de una consulta adecuada: El proceso de elaboración del Protocolo de Consulta de los Pueblos Indígenas de Oiapoque (Amapá-Brasil)	155
Rita Becker Lewkowicz	
Declaración de Quito-noviembre 2019	177
Sobre los autores y autoras	179

Presentación

Desde una visión amazónica del Abya Yala, tengo el gusto de ser testigo y a la vez poder comentar de manera general lo que he visto, oído y compartido con líderes, lideresas, movimientos sociales, organizaciones indígenas y valiosos aliados de esta causa. Lo primero que puedo decir es que luego de horas de testimonios, voces diversas, acciones por la vida; ahora tengo imágenes poderosas de mingas, movilizaciones, interpelaciones a la justicia romana y gubernamental, de procesos legales e ilegales donde se ha manifestado la palabra y la acción de nuestros Pueblos y Nacionalidades rompiendo el silencio contra los excesos del poder.

Oyendo y viendo a los hermanos y hermanas sobre este tema de Consentimiento libre, informado y protocolos de consulta de los Pueblos Indígenas, veo un espacio que es posible seguir luchando en el campo de la jurisprudencia, de los procesos que vienen desde los gobiernos y empresas, hacia los pueblos con mucha manipulación, se puede seguir mejorando con firmeza como una herramienta de defensa de derechos, del territorio y de la naturaleza. Sin embargo, no podemos ocultar que existe una confrontación permanente, sin tregua, sin descanso para hacer respetar este derecho a dar una respuesta colectiva negativa o positiva. Siempre van a seguir intentando intervenir de manera externa nuestra casa.

Las empresas y los gobiernos solo quieren oír el sí, el acceso del desarrollo industrial toxico para que sea intervenida la pacha mama. De parte nuestra siempre o en la mayoría de los casos, la tierra no se vende, es nuestra madre, nuestra far-

macia, el sitio de descanso de nuestros antepasados, nuestra fuente de agua, de alimentos, de convivencia con todo lo que tiene vida; pero nada de eso importa a la hora de ir a las leyes romanas, a los contratos extractivos, a las políticas económicas de los estados.

En este espacio de intercambio de experiencias he sentido eso, no descansaremos en esta lucha, hay que dar la cara en todos los escenarios donde se intente comprar nuestra dignidad y vender nuestros territorios. Mientras hemos ganado y hemos perdido batallas judiciales nacionales e internacionales, también hay una crisis mundial, económica, de alimentos, de salud, de desigualdad e injusticia, donde emergen nuestras luchas, donde se está reconociendo que los territorios mejores conservados del planeta son habitados por los pueblos y nacionalidades.

A pesar de que el gran capital financiero e industrial siga exigiendo concesiones petroleras, mineras a los gobiernos de turno, nosotros tenemos protocolos que exigen una consulta en el territorio, en asambleas, con toda la información, con pertinencia cultural, ya no más consultas virtuales, pagadas, manipuladas, aprobadas entre empresas y gobiernos de turno.

Hoy podemos decir que, desde nuestras organizaciones indígenas, vamos con paso firme hacia la autodeterminación, gobernanza territorial con nuestros protocolos plurinacionales, este modelo de desarrollo económico y político no ofrece ninguna garantía de que en 30 años tengamos nuestros ríos sanos, que podamos vivir con nuestras prácticas ancestrales, que nuestros bosques sigan en pie, pero a pesar de eso seguiremos defendiendo nuestras leyes de origen, ancestrales y cada vez más necesarias. Finalmente, mientras en el mundo sigan desapareciendo bosques, ríos, selvas, montañas, insectos, plantas y todo ser vivo que depende de la naturaleza, con o sin consulta seremos defensores de todo este gran espacio de vida de nuestras comunidades del Abya Yala, especialmente las selvas del sur.



José Gregorio Díaz Mirabal
Coordinador General de COICA

Introducción

El 12 y 13 de noviembre se realizó en Quito el Encuentro Internacional sobre Consentimiento Previo, Libre, Informado y Protocolos de Consulta de los Pueblos Indígenas de Abya Yala. Se encontraron presentes académicos y delegados de pueblos indígenas de Perú, Colombia, Chile, Venezuela, Ecuador, Nicaragua, El Salvador, Guatemala, México, Estados Unidos y Canadá. El encuentro se realizó en un momento en que los ciclos de movilización social se reactivaron en todo el continente, particularmente en Ecuador, Chile, Bolivia y Colombia. Entre los elementos más importantes dentro de este complejo nuevo momento de movilizaciones sociales en América Latina, se encuentran los procesos históricos de autodeterminación, defensa de los territorios, derechos colectivos y planes de vida de los pueblos indígenas.

En este sentido, las reflexiones que acontecieron durante el encuentro estuvieron marcadas por la situación regional y por la necesidad de compartir experiencias entre las distintas voces presentes acerca de los procesos de consentimiento libre y protocolos de consulta, como un instrumento para enfrentar el momento actual que viven los pueblos y nacionalidades indígenas de Abya Yala. Existen innumerables evidencias de que los procesos de despojo sobre los territorios de los pueblos indígenas se acentúan en el actual contexto de regresiones hacia regímenes que implementan políticas neoliberales y extractivistas. Los distintos Estados vulneran los derechos de los pueblos indígenas al no permitirles decidir sobre su propio destino y planes de vida. Por tales motivos, la discusión sobre consentimiento previo y protocolos de con-

sulta es crucial desde un punto de vista de fortalecimiento de las estrategias de lucha por la defensa de los territorios.

Desde esta perspectiva, se vuelve necesario convertir el diálogo e intercambio de experiencias expresados en la edición de una serie de materiales de trabajo que permitan replicar las discusiones y conclusiones, más allá del espacio formal del encuentro. De esta manera, la riqueza de la discusión realizada puede llegar a las distintas comunidades con el fin de alimentar y fortalecer los procesos locales de base con respecto a consentimiento y protocolos de consulta. En este horizonte, el propósito de este libro es el de inspirar a los pueblos y comunidades indígenas de todo el continente a que, en ejercicio pleno de sus derechos, su autonomía, cultura y necesidades territoriales específicas, se aventuren en la construcción colectiva de sus propias herramientas en los procesos de defensa de sus territorios y formas tradicionales de vida.

Mateo Martínez Abarca

Consulta previa y democracia

Floresmilo Simbaña

Uno de los múltiples argumentos contra el extractivismo del Estado ecuatoriano es el incumplimiento de la Consulta Previa. Esta controversia ocasiona indefectiblemente conflictos sociales y políticos de envergadura ya que por un lado moviliza a los sectores afectados por las concesiones mineras o petroleras, pero el Estado también moviliza todos sus recursos disponibles para combatir a los críticos antiextractivistas. Los procesos judiciales que se desprenden de ellos generalmente terminan ventilándose en los tribunales internacionales ya que en los márgenes internos no se resuelven. ¿Por qué el extractivismo obliga al Estado romper su propia estructura democrática?

En el Ecuador la consulta previa lleva poco más de veinte años de vigencia, desatando en derredor suyo una fuerte controversia, teniendo como sus principales contendores al movimiento indígena y a los gobiernos de turno, indistintamente de sus filiaciones políticas. Las primeras disputas se dieron a partir de la exigencia del movimiento indígena por el reconocimiento del Convenio 169 de la OIT y de los derechos colectivos en la Constitución, dentro del proceso constituyente que el Ecuador vivió entre 1997 y 1998. Si bien en esos años la disputa alrededor de este tema fue bastante reñida, esta no rebasó los márgenes del debate político conceptual, ya que la Asamblea Constituyente de entonces no estaba dispuesto a reconocer nada que impidiera la explotación de los recursos naturales, vía inversión privada, incluso de lo prescrito en el

Convenio 169 de la OIT se hizo una interpretación restrictiva, sobre todo respecto del reconocimientos de los sujetos de derecho y de los alcances de la consulta previa. De esto se aseguraron bien al poner en la Constitución de esa época, que los Derechos Colectivos, entre ellos la consulta previa, estarían sujetos a una Ley específica. Cerrando así el debate sin resolver nada.

La consulta previa volvió a ser tema de controversia ente el movimiento indígena y el Estado en el nuevo proceso constituyente ocurrido entre 2007 y 2008, pero esta vez el enfrenamiento fue mucho más violento, pese a que el gobierno de entonces se autodefinía de izquierda. Aquí no cabe una explicación ideológica para entender la diferencia de ambos procesos, es más bien con la dinámica general del movimiento del capital, por un lado la vieja derecha de esa época llevaba a que los conflictos sociales se resolvieran en ámbito del mercado, poniendo como una cuestión entre “privados” empresa-sociedad, el Estado —amén de su reducción— actuaba como árbitro, en cambio en el 2008, el Gobierno de la Revolución Ciudadana llevó a dinamizar el capital mediante una fuerte intervención del Estado, por lo que en los conflictos sociales desatados por el extractivismo él era el ejecutor directo, con lo que liberaba a las empresas privadas de los conflictos y asumiéndolos por sí mismo. Para que esto sea posible necesitaba un Estado fuerte.

La Constitución de 1998 condicionó la aplicación los derechos colectivos y la consulta previa a la aprobación de una Ley específica, pero dicha Ley nunca se dio, por lo que la falta de esta fue el argumento irrefutable para no aplicar la norma suprema. A esto hay que sumar a que el sistema judicial ecuatoriano tenía por costumbre tomar el derecho constitucional como una mera referencia abstracta, privilegiando las leyes secundarias, incluso los reglamentos e instructivos para administrar justicia, dejando así a los afectados por los proyectos extractivos en una máxima indefensión. A los gobiernos de

entonces y a los legisladores jamás les interesó discutir temas como la Consulta Previa, más bien todo lo contrario, mientras menos capacidad tenga la sociedad para controlar o contradecir al Estado, mejor.

Sin embargo, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) en 2001 presenta el “Proyecto de Ley de las Nacionalidades del Ecuador”, que entre otras cosas contemplaba el ejercicio de la Consulta Previa. El Congreso Nacional, obligados por una movilización social permanente y un levantamiento indígena (el sexto desde 1990) aprueba el proyecto, sin antes introducir fuertes condicionamientos para su aplicación, pero el gobierno nacional de entonces veto totalmente, cerrando así cualquier posibilidad para un posterior tratamiento. Fue el nuevo proceso constituyente del 2007-2008 que vuelve a poner el tema en la mesa de debate, marcado por un alto nivel de conflictividad política.

Nuevamente la movilización social, la fortaleza del movimiento indígena en movilización y propuestas, además de la existencia de sectores políticos dentro del bloque gubernamental más afines al campo popular hace inevitable que la Asamblea Constituyente apruebe muchos derechos sociales, políticos, económicos, culturales, entre otros, que las organizaciones sociales venían luchando en las últimas décadas. Es así como temas como la plurinacionalidad, interculturalidad, derechos colectivos, derecho humano al agua, derechos de la naturaleza, etc. formen parte ahora de la Constitución que rige el país.

La actual Constitución en su Art. 1 define al Estado ecuatoriano como “un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático...”, y concreta esto en el art. 11, al determinar que “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”, con lo que ya no se

tiene que esperar una Ley específica para que principios constitucionales como la consulta previa sean exigibles.

Gracias a esta norma constitucional, se demanda que toda Ley secundaria que esté relacionada con territorios de comunas, pueblos y nacionalidades y los derechos de la naturaleza, para su aprobación y aplicación debe reconocer y aplicar el derecho a la Consulta Previa. En el 2009, por iniciativa del Gobierno, la Asamblea Nacional aprobó la Ley de Minas, con la cual se pretende abrir la minería a gran escala y a cielo abierto. Entre otras cosas, esta Ley pone claramente el carácter informativo de la consulta previa, en el artículo 87 de esta Ley se dice que “En el caso que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministro Sectorial”, es decir, contradice abiertamente lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT en su artículo 6, numeral 2 dice que “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”.

La CONAIE exigió que el proyecto de ley debe ser sometido a consulta a las comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas. El legislativo hizo caso omiso del pedido y aprobó la Ley tal cual la envió el Ejecutivo. Por esta razón la CONAIE demanda ante la Corte Constitucional la inconstitucional de la Ley de Minas por contradecir la Constitución en lo que se refiere a los derechos de la naturaleza, derechos colectivos y la Consulta Previa. La Corte Constitucional dictó sentencia el 21 de abril de 2010, ratificando, por razones más políticas que jurídicas, la constitucionalidad de la Ley.

Entre octubre de 2009 y abril de 2010 la Asamblea Nacional inicia a tramitar una nueva Ley de aguas, para esto contaba con dos proyectos: uno enviado por la CONAIE y otro por el gobierno nacional. La disputa por el carácter de la nueva ley de

aguas llevó a una nueva coyuntura de conflictividad social que involucró dos movilizaciones nacionales, donde se tuvo que lamentar la pérdida de la vida un manifestante. Por la dimensión de la movilización el gobierno se vio obligado a instalar mesas de diálogo. En el proceso de diálogo concluyó sin acuerdos en los elementos más fundamentales de la nueva Ley hídrica, tales como la desprivatización y redistribución del agua, ampliación de las capacidades y atribuciones de los sistemas comunitarios de administración del agua, y la conformación de la autoridad única del agua con carácter plurinacional. Pero como las movilizaciones iban en aumento, la Asamblea Nacional decidió suspender el tratamiento del proyecto de ley, argumentando querer cumplir con la sentencia de la Corte Constitucional, que “ordena” realizar consultas prelegislativas en temas que afectan a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y por tanto la Consulta iniciaría dentro de cinco meses. Pero tuvo que transcurrir más de dos años hasta para que la Asamblea se decida convocar oficialmente la consulta.

El 27 de junio de 2012, la CIDH emite sentencia en el caso Sarayaku. Esta comunidad de la Amazonía ecuatoriana presentó interpuso un proceso judicial el 19 de diciembre de 2003 en contra del Estado ecuatoriano por autorizar proyectos de exploración petrolera dentro de su territorio, sin contar con una consulta previa. En 1996 la comunidad indígena Sarayaku, ubicada en la provincia amazónica del Pastaza, se vio afectada territorial, cultural y económicamente cuando el Estado ecuatoriano concesionó el Bloque petrolero 23 a favor de la Compañía General de Combustibles (CGC) de Argentina, que afecta en un 60% su territorio. Al realizar los planes de exploración petrolera, esta empresa siembra explosivos dentro del territorio Sarayaku, poniendo en riesgo a la comunidad. Ante esta amenaza los afectados inician un proceso de lucha y movilización que involucró acciones judiciales en los juzgados nacionales e internacionales, llegando así a la CIDH, obteniendo sentencia favorable. La comunidad y el movimiento indígena ecuatoriano celebraron la sentencia y fue

recibida como un triunfo histórico. De su parte el Gobierno nacional anuncia que respetará y acatará la sentencia, pero ataca al movimiento indígena, concretamente a la CONAIE, argumentando que la sentencia no reconoce la condición de “vinculante” de la consulta previa, por lo tanto, según su lectura, esto significaba una derrota para la CONAIE.

Como al Gobierno de Rafael Correa, que controlaba la mayoría absoluta del legislativo, no le interesaba generar jurisprudencia respecto de la consulta prelegislativa, ésta se realizó formalmente, en base a un cuestionario que ponía en debate los supuestos beneficios y algunas regulaciones ambientales de los proyectos mineros, pero sin ninguna posibilidad de ponerlas en cuestión. En conclusión, la convocatoria a consulta prelegislativa “se acata, pero no se cumple”, o lo que es lo mismo: un ejercicio administrativo no jurídico político.

Base jurídica de la Consulta Previa

La base jurídica de la Consulta Previa se encuentra en tres instrumentos: la Constitución del Ecuador, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas.

En el Convenio 169 de la OIT encontramos varios de los conceptos básicos que dan pie a lo que reconoce la Constitución ecuatoriana y la misma Declaratoria de la ONU. En el art. 6 del Convenio se determina que “los gobiernos deberán 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”. Desde su reconocimiento en 1998 hasta la actualidad se buscó las maneras de eludir esta norma, incluso dando carácter legal a las “consultas previas” hechas por las empresas privadas, petroleras y mineras, lo cual es ilegal, incluso ilegítimo

ya que no eran procesos de consulta, sino, en el mejor de los casos, simples talleres de socialización.

En la norma citada encontramos tres elementos capitales para que una consulta previa sea legal y legítima: primero, que los sujetos de la consulta son Estado y los pueblos indígenas, por lo tanto, cualquier agente distinto a los señalados que intervengan y realicen la consulta es, en el mejor de los casos, un acto social, pero en ningún momento es un acto jurídico; segundo, los sujetos a ser consultados con los pueblos indígenas, pero para que esto sea jurídico, la consulta debe ser realizada a través de las propias formas orgánicas de ejercicio de autoridad, que generalmente son sus Consejos de Gobierno comunal o Cabildo y la Asamblea general. Este requisito es precisamente el más eludido y distorsionado. Los casos más recurrentes cuando el Estado decide hacer la consulta lo hacen contratando a ONG “especialistas en asuntos indígenas” o a algún centro educativo superior para que faciliten y organicen la consulta, pero lo que en realidad se hace son diagnósticos socioculturales de las zonas afectadas, cuyos resultados se pretende pasar como consulta previa.

Más adelante, en el numeral 2 del mismo artículo 6 encontramos la parte medular del derecho a la consulta: “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**”. Lo primero que hay que destacar es que la consulta no es un acto, no es un evento circunstancial que se ejecuta en un solo momento. La Consulta Previa es ante todo y sobre todo un proceso, y como tal implica varios pasos y procedimientos formales, sin los cuales esta se distorsiona, por lo tanto no se cumple con su objetivo; esos pasos mínimos que un proceso de consulta debe cumplir son: la socialización, la información, la buena voluntad de los sujetos, el debate y la toma de decisión libre y autónoma; es decir, que el sujeto consulta-