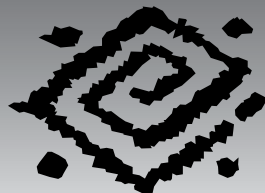


## Una visión crítica del derecho a la consulta



Edwar Vargas Araujo

Sin lugar a dudas, el reconocimiento, alcance e implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada, a pueblos indígenas, ha mantenido una centralidad en el ámbito nacional e internacional de los Estados, en los pueblos indígenas, en los organismos multilaterales de crédito y en las propias empresas transnacionales, pues desde estos distintos ámbitos se han propiciado o establecido una serie de reglas que van, desde la adopción de normativas internacionales y estatales, hasta regulaciones de carácter privado, a través de la adopción de códigos de conducta por parte de las empresas transnacionales, acompañadas de una gama de interpretaciones que se dan sobre el alcance de este derecho por parte de las cortes nacionales e internacionales, a lo cual se suma que este tema ocupa un lugar relevante en las agendas de la cooperación internacional y de las ONG, lo que da cuenta de las complejas interacciones entre actores e intereses en juego.

Desde la década de los 80 del siglo pasado, se generaron instrumentos internacionales que regulan, entre otras cosas, la institución de la consulta previa, tal es el caso del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, y más recientemente, en 2007, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. Paralelamente a este proceso, se reconoció este derecho a nivel constitucional en la mayoría de países en donde habitan pueblos indígenas. Esta dinámica de reconocimiento, también tuvo repercusiones en los organismos multilaterales de crédito, tanto el Banco Mundial,<sup>1</sup> como el Banco

1. La Política Operacional OP 4.01, del Banco Mundial, sobre Evaluación Ambiental, en el párr. 15 referido a consultas públicas establece que, en todos los proyectos propuestos a financiamiento deberán consultar durante el proceso de evaluación ambiental y durante toda la ejecución del proyecto a los grupos afectados. Banco Mundial, "Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas operacionales", OP 4.01, 1999, p. 6, en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP401Spanish.pdf>. La Política

Interamericano de Desarrollo,<sup>2</sup> adoptaron una serie de directrices relacionadas a pueblos indígenas, en las cuales se establecen estándares sobre consulta, que si bien no son jurídicamente vinculantes para los Estados, condicionan el financiamiento de proyectos de desarrollo, cuando estos puedan afectar a pueblos indígenas. De la misma forma, las empresas transnacionales no se quedaron al margen de este proceso, pues adoptaron una serie de reglas de carácter privado que establecen la necesidad de realizar consultas a los pueblos indígenas, las cuales, sin ser vinculantes, comportan compromisos de autoevaluación en su desempeño.<sup>3</sup>

Lo manifestado genera una serie de preguntas: ¿cuál es la razón o razones para que actores tan diversos hayan querido reglamentar la consulta previa?, ¿qué hace que actores con intereses diversos e incluso contrapuestos, planteen la necesidad de realizar consultas previas? Sin lugar a dudas, estas y otras preguntas no son nuevas, pues ya han sido tratadas en otros estudios.<sup>4</sup> Sin embargo, se intentará explorar las posibles respuestas que permitan comprender y explicar la importancia de esta institución, a partir de esta diversidad de actores e intereses, y su implicación en el ejercicio real de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

En este sentido, es importante señalar, que el modelo de acumulación capitalista en América Latina y en particular en Ecuador, pese a los intentos de tener otros patrones de reproducción del capital, como el caso del industrial, mantiene históricamente la preeminencia de un patrón de reproducción primario-exportador que se inscribe en la división internacional del trabajo y que determina que la tarea principal de América Latina es suministrar materias primas. Este modelo

Operacional OP 4.10, referida a pueblos indígenas, determina en los párr. 6, 10 y 11, respectivamente, que tanto en las fases de preparación, como de evaluación social, cada proyecto que afecte a pueblos indígenas y que vaya a ser financiado por el Banco, requiere un proceso de consulta previa libre e informada con las comunidades indígenas que puedan ser afectadas por dicho proyecto. Banco Mundial, “Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas operacionales”, OP 4.10, 2005, p. 4-6, en <<http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>>.

2. La Política Operativa sobre Pueblos Indígenas de 2006, en el párrafo 4.2 literal a), del Banco Interamericano de Desarrollo, establece la necesidad de realizar la consulta previa con el propósito de llegar a un acuerdo o lograr su consentimiento en los casos de ejecución de los denominados proyectos “independientes”. Banco Interamericano de Desarrollo, “Política Operativa sobre Pueblos Indígenas”, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, 22 de febrero de 2006, p. 3, <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691246>>.
3. En 2008, el Consejo Internacional de Minería y Metales, aprobó la Declaración de Posición sobre la minería y pueblos indígenas, en el compromiso No. 3, las empresas asociadas se comprometen entre otras cosas, a “Colaborar y consultar con los pueblos indígenas de manera justa, oportuna y culturalmente apropiada durante el ciclo del proyecto”. Consejo Internacional de Minería y Metales, “Declaración de Posición sobre la Minería y Pueblos Indígenas”, en International Council on Mining and Metals (ICMM), *Guía de buenas prácticas. Los pueblos indígenas y la minería apéndice*, Londres, Edixion Challenger Offset, 2010, Apéndice 1, p. 109, en <[www.icmm.com](http://www.icmm.com)>.
4. César Rodríguez Garavito, *Etnicidad.gov: Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Dejusticia, 2012.

de desarrollo, presionado por la demanda internacional de recursos naturales, especialmente de China, implica una presión sobre la tierra que ha determinado un proceso de despojo violento de los medios de subsistencia de poblaciones, a través de mecanismos legales o extralegales, proceso al que denominó Marx acumulación originaria y Harvey lo denomina acumulación por desposesión para visualizar que no solo constituye la premisa histórica que generó una acumulación importante de dinero, que, al ser invertido, permitió el proceso industrial de mercancías, sino para visualizar su vigencia histórica.<sup>5</sup>

Así, los procesos de resistencia por parte de poblaciones indígenas y campesinas a estos mecanismos de despojo, han provocado una serie de conflictos que se inscriben en estos patrones de acumulación del capital, generando además, que estas poblaciones, en particular las indígenas, demanden la necesidad de superar visiones integracionistas y exijan la posibilidad real de participar en la elección de modelos de desarrollo, reconocimiento y control de sus territorios, pues generalmente son en estos donde se encuentran los recursos naturales.

En este marco, se inserta el derecho a la consulta previa, que al ser un producto histórico social, su diseño e institucionalización debe ser comprendido y explicado en las condiciones sociales en que esta surge, es decir, en las contradicciones, conflictos y luchas en que esta institución se configura. Lo dicho permite despejar la apariencia de que la consulta previa se trata de un problema jurídico y como tal, su diseño y aplicación se encuentran al margen de los procesos de acumulación del capital.<sup>6</sup>

Desde esta perspectiva, en primer lugar, cabe reconocer que existen organizaciones o redes a nivel nacional e internacional que, apoyándose en una teoría social crítica del derecho y sin dejar de ver a este como parte estructural del poder, es decir, como un espacio de producción y reproducción de instituciones hegemónicas, plantean un uso contrahegemónico del derecho, esto es, parten de la opinión de que existe un campo de posibilidades de acción jurídica contrahegemónica, tanto en la creación, como en la aplicación del derecho. En este marco se entienden

5. Harvey plantea que entre los mecanismos por desposesión se encuentran: “la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión por la fuerza de las poblaciones campesinas, la conversión de varios tipos de derechos de propiedad (comunal, colectiva, estatal, etc.) en derechos de propiedad privada exclusivos; la supresión del acceso a bienes comunales; la mercantilización de la fuerza de trabajo y la supresión de formas alternativas (indígenas) de producción y consumo; los procesos coloniales y neocoloniales e imperiales de apropiación de bienes (incluidos los recursos naturales); la monetarización del intercambio y los impuestos, en particular sobre la tierra; la trata de esclavos; y la usura, la deuda nacional y más recientemente el sistema de crédito”. David Harvey, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2007, p. 116.
6. Marx se refiere a este problema al plantear que “tanto las relaciones jurídicas como las formas de Estado no pueden comprenderse por sí mismas, ni por la llamada evolución general del espíritu humano, sino que radican, por el contrario, en las condiciones materiales de vida cuyo conjunto resume Hegel, siguiendo el precedente de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de ‘sociedad civil’, y que la anatomía de la sociedad civil hay que buscarla en la Economía Política”. Carlos Marx, “Prólogo a la Contribución de la crítica de la economía política”, en *Obras escogidas*, t. 1, Moscú, Progreso, s.f., p. 182.

las movilizaciones que se dan para exigir la transformación o democratización de las legislaciones, la presentación de leyes que viabilizaría el ejercicio de derechos o la estrategia de recurrir a cortes nacionales o internacionales para exigir el respeto a sus derechos, etcétera.

Sin embargo, y como veremos a continuación, la consulta previa, por la lógica de su diseño, ha convertido o devaluado los conflictos de estas poblaciones, que giran alrededor del modelo de desarrollo, de su participación real o de su autodeterminación en disputas de orden jurídico y de carácter procedimental.

Pero, ¿cómo entender ese cambio o devaluación del conflicto a disputas de orden jurídico de carácter procedimental? Para ensayar una respuesta posible, se utilizará el concepto de devastación planteado por Marx, que en palabras de Sánchez Parga significa:

Que el capital destruye todas aquellas realidades e instituciones sociales (políticas, económicas, ideológicas y culturales), en la medida que no contribuyan, impidan o no puedan ser instrumentalizadas para su desarrollo. [...] Hay una real destrucción, cuando hechos e instituciones sociales se vuelven tan incompatibles como contradictorios con la reproducción del capital. En este sentido, la “devastación” significa la destrucción de lo social en su realidad concreta, manteniendo su existencia formal, en la medida en que la persistencia formal de las instituciones sociales encubre, legítima y hace más eficaz la destrucción de la sustancia social de dichas instituciones.<sup>7</sup>

Desde esta perspectiva, es posible entender que el derecho de participación que subyace a la consulta previa, sea diluido a una forma procedimental, que da la apariencia de que actores con intereses contrapuestos, siguiendo ciertos procedimientos parecidos a un diálogo ideal, pueden llegar a acuerdos o consensos, ocultando las relaciones antagónicas de poder que configuran las posibilidades reales de deliberación, en el marco de un modelo de acumulación capitalista.

Por estas y otras razones, Rodríguez Garabito nos muestra que la lógica jurídica y procedimental de la consulta previa, libre e informada, forma parte del proceso de globalización neoliberal; en el cual, por un lado, el derecho guarda una centralidad en este proceso, pues se parte de la confianza generalizada “en la capacidad del constitucionalismo y el contrato, de los derechos y los remedios jurídicos, de lograr el orden, la civilidad, la justicia, el empoderamiento”<sup>8</sup> y por otro, de que esta racionalidad procedimental se inscribe en el paradigma de la gobernanza, la cual constituye la matriz jurídica de la globalización neoliberal, pues según afirma:

La afinidad electiva entre el neoliberalismo y las teorías y la práctica de la gobernanza, radica en que estas se concentran en los detalles procedimentales de

7. José Sánchez Parga, *Devastación de democracia en la sociedad de mercado*, Quito, Centro Andino de Acción Popular (CAAP), 2011, p. 21.
8. John Comaroff y Jean Comaroff, *Millennial Capitalism: First Thoughts on a Second Coming*, Durham, Duke University Press, 2001, citado por César Rodríguez Garavito, *Etnicidad...*, p. 27.

las instituciones participativas y dejan de lado, explícitamente, la discusión sobre las condiciones de posibilidad materiales de una genuina deliberación [...]. Por tanto, los procedimientos y los tipos de participación que defienden, dejan intocadas las relaciones de poder y reproducen una visión de la esfera pública, como espacio de colaboración despolitizado entre actores genéricos.<sup>9</sup>

En este contexto podemos comprender y explicar lo que está sucediendo en nuestro país, pues en este último tiempo han proliferado una serie de reglas en materia de consulta; que, como se verá más adelante, tratan de despolitizar la conflictividad social, bajo la racionalidad procedimental. Estas sin embargo, no han podido dismantelar, en ciertos casos, posiciones que mantienen que esta consulta, para ser aceptada, debe respetar las decisiones que las poblaciones adopten sobre los temas consultados.

Lo dicho puede ser ejemplificado haciendo una revisión de las reglas que se han adoptado, así como de los pronunciamientos que el Gobierno Nacional o que las organizaciones indígenas han manifestado sobre esta temática.

En este orden de ideas, tanto la Asamblea Nacional, como el Ejecutivo en 2012, han expedido dos instrumentos jurídicos para regular, tanto la consulta prelegislativa, como la consulta en materia de hidrocarburos.

Por una parte, con fecha 13 de junio de 2012, la Asamblea Nacional, a través de su órgano administrativo, esto es, el Consejo de Administración Legislativa, expidió un Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa,<sup>10</sup> que plantea, entre otras cosas, lo siguiente: La consulta tendrá como finalidad el generar un proceso de participación de los indígenas para que estos se pronuncien sobre temas específicos incluidos en los proyectos de ley, que podrían afectar objetivamente sus derechos colectivos (art. 2); proceso que deberá regirse por principios de oportunidad, plazo razonable, buena fe, interculturalidad y plurinacionalidad, información veraz y suficiente, autonomía (art. 3); y que va a desarrollarse en una serie de fases como las de preparación, convocatoria pública, información y realización, para finalmente terminar en una fase de análisis y cierre (art. 6). En relación a la última fase, se establece que una vez procesados los resultados, se convocarán a audiencias provinciales, e inclusive a una denominada, “mesa de diálogo nacional” (art. 19).

Como se puede observar, no se ha escatimado una serie de procedimientos para viabilizar la consulta. No obstante, debe resaltarse que el Instructivo contiene varias disposiciones que relativizan el alcance del derecho y diluyen su contenido. Así, se plantea que la “pertinencia de la consulta”, será sugerida por la Comisión que esté a cargo del trámite del proyecto de ley, derivando al Pleno de la Asamblea, la atribución de aprobar la realización de la consulta por mayoría absoluta de sus miembros (art. 5). Por otro lado, se establece que el Consejo de Administración

9. César Rodríguez Garavito, *Etnicidad...*, p. 32.

10. Asamblea Nacional, Instructivo para la Aplicación de la Consulta Prelegislativa, aprobado el 13 de junio de 2012 y reformado el 3 y 10 de julio del mismo año.

Legislativa aprobará los temas sustantivos que serán objeto de la consulta, sin contar con la participación de los pueblos indígenas (art.7).

También, se establece que la Comisión Permanente u Ocasional encargada de tramitar el proyecto de ley, incorporará en el informe para segundo debate de dicho proyecto, los consensos y disensos. Pero aclara que solamente los consensos serán incorporados en el articulado del proyecto de ley (art. 20). Esto implica que los puntos de controversia, que no sean parte del consenso, queden al margen del articulado del proyecto de ley.

Por otra parte, en ese mismo año, se expidió un Reglamento para la Ejecución de la Consulta Previa, Libre e Informada en los Procesos de Licitación y Asignación de Áreas y Bloques Hidrocarburíferos.<sup>11</sup> Este Reglamento, al igual que el instructivo sobre consulta pre legislativa, prevé en varias disposiciones, procedimientos y mecanismos de participación para llevar a cabo la consulta previa, en casos de actividades de extracción hidrocarburífera; no obstante se establece, que los criterios que se viertan en el proceso de consulta previa, serán considerados en la toma de decisiones de los planes y programas, si son “técnicos, económicamente viables y legalmente procedentes” (art. 17, inc. 4).

Estos instrumentos ponen en evidencia, como se señaló en líneas anteriores, la intención de despolitizar la conflictividad social, lo cual genera la falta de participación de los pueblos indígenas en decisiones estatales que los afecta, al mismo tiempo que el Estado, justifica la realización de consultas previas, como requisitos para la implementación de leyes o de actividades extractivas en territorios indígenas, a través de meros procedimientos.

A este desarrollo normativo que sin entrar a calificar su constitucionalidad o no, se suma la jurisprudencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana en esta materia, la cual es calificada por César Rodríguez Garabito, como ejemplo de “una concepción procedimental débil de la Consulta”,<sup>12</sup> a raíz de que esta, al resolver la demanda de inconstitucionalidad de la Ley de Minería, entre otras razones, por el incumplimiento del derecho a la consulta prelegislativa, determinó la constitucionalidad condicionada de dicha ley y estableció una serie de reglas y procedimientos mínimos para garantizar la “constitucionalidad” del proceso de consulta prelegislativa. Para esto se estableció, entre otras cosas, una serie de fases de la consulta, entre las cuales están el análisis de resultados y el cierre. Se determina entonces que, después de la discusión pública de los resultados de la consulta, se suscribirán los consensos, y de no llegar a ninguno, la Asamblea Nacional los pondrá de manifiesto de manera explícita y motivada, con lo cual se procederá a la declaración oficial de la terminación del proceso, presentando los resultados de la misma.<sup>13</sup>

Por su parte las organizaciones indígenas, en particular la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y Confederación Kichwa del Ecuador

11. Expedido mediante DE 1247, 19 de julio de 2012, RO 759, de 2 de agosto de 2012.

12. César Rodríguez Garabito, *Etnicidad...*, p. 48.

13. Corte Constitucional del Ecuador, Casos acumulados No. 0008-09-IN y 0011-09-IN, Sentencia 001-10-SIN-CC, p. 40 y 41, RO Suplemento 176, 21 de abril de 2010.

(ECUARUNARI), se han pronunciado sobre este tema. Es así que la ECUARUNARI rechazó el instructivo para la aplicación de la Consulta Prelegislativa, por ser inconsculto, no vinculante y no estar acorde a sus usos y costumbres. Además manifestó que este instructivo es inconstitucional, tanto por la forma como por el fondo, por lo que resolvió promover su propia consulta comunitaria en unidad con los sectores sociales y populares.<sup>14</sup>

Por otro lado, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador y sus organizaciones regionales, con motivo de la XI Ronda Petrolera, manifestó entre otras cosas, que rechazan la llamada consulta previa, pues el reglamento en materia hidrocarburífera en que se basa dicha consulta, no ha sido elaborado con la participación de las comunidades y tampoco busca llegar al consentimiento.<sup>15</sup>

Además, es importante destacar el pronunciamiento realizado por el Presidente de la República, que con motivo de la visita a Sarayacu de los miembros de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en uno de sus enlaces sabbatinos, manifestó:

Quando se da la concesión a CGC no había consulta previa, pero cuando empiezan a colocar la pentolita, ya había esa consulta previa, así que había que consultarle a la comunidad, pero algunos creen que consultarle es que dé permiso la comunidad, no, consulta previa es socializar, es buscar llegar a un acuerdo, buscar llegar a un entendimiento, si se logra eso en buena hora, pero si no se logra, de acuerdo a los instrumentos internacionales y a la Constitución de la República, el presidente puede tomar la decisión para las cuales tiene atribuciones, de acuerdo a la Constitución. [...] para que no haya dudas sobre el Convenio con la OIT se consultó a la Corte Constitucional y hay una sentencia de la Corte Constitucional, aclarando los alcances del artículo 169 del convenio con la OIT esto es lo que no se dice y se manipula. En referencia, dice la sentencia de la Corte Constitucional de marzo de 2010: “En cuanto al alcance de la consulta, siendo que el resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial (cercana a aquella que tiene el soft law en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que esto implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado”. Qué está diciendo esta sentencia, por supuesto que lo que dicen los pueblos indígenas es importante, es muy importante, por supuesto que la consulta busca consenso, busca el consentimiento de estas comunidades indígenas, pero si no se logra, no es vinculante, y esto no implica, la consulta previa, la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.<sup>16</sup>

14. ECUARUNARI, “Los pueblos kichwas del Ecuador rechazan el Instructivo legislativo por ser inconsculto y no ser vinculante”, Resolución de 27 de junio de 2012, en <<http://ecuarunari.org/portal/vernoticias?page=5>>.
15. CONAIE y CONFENAIE, “Nacionalidades del Ecuador rechazan XI ronda petrolera”, en *Ecuachasqui*, 24 de octubre de 2012, <<http://ecuachasqui.blogspot.com/2012/10/nacionalidades-del-ecuador-rechazan-xi.html>>.
16. El Ciudadano, “Enlace ciudadano 268”, en *El Ciudadano*, Quito, 21 de abril de 2012, <[http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com\\_content&view=article&id=32006:enla](http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=32006:enla)>.

Para concluir, cabe manifestar que existe una urgente necesidad de retomar el pensamiento crítico, pues este, al constituir la fuerza política capaz de “un nuevo desencantamiento del mundo, cada vez más reencantado por los fetichismos del mercado y la mercancía”,<sup>17</sup> nos permite dar el paso, de la apariencia del mundo fenoménico de la realidad, que se nos presenta de manera inmediata a los seres humanos, a la esencia de las cosas y, en tal sentido, abrir la posibilidad de desmitificación de la realidad.

ce-ciudadano-nro-268-desde-quito&catid=43:enlaces-ciudadanos-todos&Itemid=67>. Minuto 32. La cursiva me corresponde y destaca la lectura que hace el Presidente de la República del documento.

17. José Sánchez Parga, “El pensamiento crítico contra el poder de los discursos”, en *Ecuador Debate*, No. 77, Quito, CAAP, 2009, p. 51.