

Mesa de diálogo sobre la Consulta Previa estado de situación y propuestas



Mesa de diálogo con expertos

Consulta previa
Estado de situación y propuestas

Santa Cruz, 30 de marzo de 2021



Contenido

Presentación.....	1
Contexto de aplicación de la Consulta Previa y los posibles escenarios ante la falta de judicialidad y procedimientos expeditos.....	2
Situación de los derechos indígenas y territoriales en relación a la agenda económica gubernamental.....	10
La aplicabilidad judicial de la Consulta Previa y la emergencia de una alternativa jurídica.....	13
Ideas fuerza y líneas de trabajo.....	18

Presentación

La crisis vivida durante el 2020 ha evidenciado el abandono en el que se encuentran los pequeños agricultores y agricultoras del país, además de la precaria situación de los pueblos indígenas. Dentro del conjunto de pequeños productores de alimentos y comunidades que dependen del uso de los recursos naturales, los pueblos indígenas se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad tanto que, en algunos casos, se pone en peligro su propia existencia.

Ante la compleja situación, la Consulta Previa es el mecanismo formal para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. La Consulta, además de ser una herramienta garantista, tiene una función articuladora, no sólo para los pueblos indígenas, sino también para el Estado y la sociedad boliviana en su conjunto. Por un lado, la consulta está llamada a articular, en los términos de conciliación y equilibrio que se expresa en el consentimiento indígena previo, libre, informado a los pueblos indígenas. Por otro lado, la consulta articula al conjunto de los derechos indígenas en torno a la defensa jurídica frente a las inminentes vulneraciones de los gobiernos.

En los hechos, la consulta previa es un mecanismo jurídico que se aplica sin una norma clara y con resultados ambiguos. No existe una estructura normativa sólida que garantice su correcta aplicación, lo que afecta al cumplimiento cabal de los derechos a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas.

En este contexto, el objetivo de la Mesa de Diálogo ha sido analizar la situación de la consulta previa entendida como la herramienta de protección del territorio indígena. Los resultados serán sistematizados y utilizados de insumos para el trabajo con las comunidades indígenas y en actividades de incidencia que TIERRA y organizaciones aliadas llevan delante.

El evento se llevó a cabo en la ciudad de Santa Cruz, el día martes 30 de marzo de 2021 con la participación de los siguientes temas y expositores:

1. Aplicación de la Consulta Previa y los posibles escenarios ante la falta de judicialidad y procedimientos expeditos para la Consulta.

Expositor: Leonardo Tamburini.

2. Situación de los derechos indígenas y territoriales en relación a la agenda económica gubernamental.

Expositor: Alex Villca Limaco.

3. La aplicabilidad judicial de la Consulta Previa y la emergencia de una alternativa jurídica.

Expositor: Alejandro Almaraz.

Después de la ronda de exposiciones se realizó la discusión y diálogo abierto sobre la temática a partir de las exposiciones presentadas.

Contexto de aplicación de la Consulta Previa y los posibles escenarios ante la falta de judicialidad y procedimientos expeditos

Leonardo Tamburini

Se abordó el contexto de aplicación de la consulta previa tomando en cuenta el marco normativo internacional y nacional de la Consulta Previa, Libre e Informada (CLPI), así como casos en los que se aplicó la misma, teniendo una experiencia positiva y otras negativas. Se planteó que una vez realizado el diagnóstico, las tendencias y escenarios sobre la aplicación de la Consulta Previa serán visibles, lo que favorecerá a generar algunas propuestas para la mejor aplicación de la misma.

Marco normativo sobre CLPI

Respecto al Marco Normativo, Bolivia tiene la mayor cantidad y calidad de instrumentos internacionales y de mayor rango. Por ejemplo, el Convenio de la OIT, la Declaración de NNUU sobre Derechos Indígenas y aprobado en el país a rango de ley. Son dos instrumentos internacionales que, por la vigencia de la CPE y las disposiciones que contienen, están elevados a rango de instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el ámbito nacional:

La CPE indica bajo el Régimen electoral, la 026 que contempla la observación y acompañamiento a Consulta Previa. Un capítulo sobre Sector hidrocarburos, la Ley 3058. Dos decretos. La Ley de minería 535 y la Resolución Ministerial 023/2015. Y otra resolución que restringe aún más la Consulta en el sector minero del año pasado. Hay una ley específica de consulta de Charagua, que es la única autonomía que ha desarrollado una ley sobre consulta, con sus luces y sombras.

De esta manera, se tiene un sistema constitucional adaptado a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Entre los preceptos constitucionales, la CPE basa el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre la libre determinación y autonomía, para la toma de decisiones relativas a todos los aspectos de su vida social, económica y cultural. (Arts. 1, 2, 30 CPE).

Cabe destacar que el derecho a la consulta no sólo es un reflejo del derecho general a la *participación* sino del específico de la *autonomía*, enmarcado en el derecho “madre” de la *libre determinación* en tanto derecho originario basado en la **preexistencia** de los pueblos indígenas y el **dominio ancestral de sus territorios**. (Art- 2 y 292 CPE). Por tanto, el derecho a la Consulta indígena, expresa.

De manera concreta, los derechos a la CLPI tienen rango constitucional y están de manera expresa establecidos en la CPE, Art. 30 par. II, vinculados a los demás Derechos Indígenas el derecho a la libre determinación.

La libre determinación o autodeterminación de los pueblos indígenas, desde una visión propia tendría como presupuesto la “reconstitución”, es decir como mecanismo de resistencia y liberación de las naciones indígenas. Y en tanto principio y valor, tiene un contenido irradiador que se expresa en todos los aspectos y que son esenciales para llevar a cabo la consulta: la libre determinación de su condición política; de su visión de desarrollo económico, social y cultural; el derecho a su autonomía; el derecho colectivo al autogobierno; el derecho a su cultura, identidad e integridad cultural; y el derecho colectivo al reconocimiento de sus instituciones (DCP 0006/2016).

Nueva arquitectura legal y reglamentaria de la CLPI

En la nueva arquitectura legal y reglamentaria de la Consulta, se encuentran:

Normativa general electoral (LRE 026/10). Tiene una serie de características del “*Procedimiento de observación y acompañamiento del proceso de consulta previa*”. Observa la aplicación del procedimiento de consulta que impone otra autoridad sectorial, llamada “autoridad convocante”, es decir, no se trata de un procedimiento de consulta en sí.

Una de las críticas u observaciones que se realiza es que el procedimiento de consulta, se activa a petición de la autoridad convocante, la que lleva adelante el plan o proyecto, por ejemplo, el sector minero, el Órgano Electoral observa y emite informe.

Más bien de lo que debiera tratarse, es de la observación y el acompañamiento que tendría que consistir en certificar que en el proceso de consulta aplicado respete los estándares de la consulta previa recogidos en los instrumentos de derechos humanos (Cv 169 y DNU DPI) y la Constitución vigentes en el país, así como marco legal de este derecho.

Otra de las críticas es que los resultados de la consulta recogidos en el informe, respecto al proceso y al plan o proyecto consultado, no son vinculantes. **Entonces, se trata de meros trámites administrativos y no de una consulta misma.**

Otra de las críticas, es que el procedimiento se activa a partir de la autoridad convocante; por tanto, no es un proceso autónomo de toma de decisiones del pueblo afectado. Sino que se lleva a cabo la observación y se tiene el objetivo de certificar la misma en un informe.

Una de las principales críticas es que el proceso de Consulta se lleva a petición de la autoridad convocante, cuando el Derecho de la Consulta Indígena es ante todo del pueblo afectado, como expresión de la autonomía y la libre determinación

La Legislación petrolera (Ley 3058/05; D.S 29033/07-2298/15). La normativa señala que la consulta debía llevarse a cabo bajo los principios de: veracidad, transparencia, información y oportunidad y el Estado debe respetar a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas. La reglamentación 2298 que data del 2007, recorta el derecho a la participación, no acepta la participación de técnicos, ni financiamiento. Sobre el derecho a la información, no es obligación que ésta sea veraz, oportuna, adecuada. Si el Estado transgrede el Acta de Entendimiento al que se llega, no invalida la consulta, y esta no se repite, salvo que la organización indígena amenace con movilización, pero no tiene efectos jurídicos.

En definitiva, los derechos indígenas son recortados y deben subordinarse al “interés nacional” y las modificaciones brindan el amparo para que se garantice y se de viabilidad a los proyectos hidrocarburíferos. Por tanto, la preponderancia recae en los beneficios de las empresas en detrimento de las organizaciones y pueblos indígenas.

La Legislación minera (Ley 535/14 - RM 23/15). No existe claridad sobre el carácter previo de la Consulta. No existen mecanismos claros de acceso a la información para los pueblos indígenas. No existe claridad sobre si los resultados de la CPLI serán vinculantes. No persigue el consentimiento como objetivo de la CLPI, sino la viabilización de las actividades mineras. Se da recorte del ámbito geográfico de aplicación de la CLPI. Este elemento está en el 2194; por tanto, se recorta la realización de los procesos de consulta.

La falta de consentimiento no invalida la otorgación del Contrato Minero; en tal sentido, el proceso está armado y concebido para viabilizar su concesión. La Consulta no debe entorpecer las adjudicaciones; por tanto, no está pensada para que tenga incidencia en las medidas tomadas.

Nuevamente, en el caso minero, la CLPI está reglada como un requisito para los empresarios mineros siendo que es ante todo un derecho de los pueblos indígenas.

Casos relevantes de CLPI.

Entre los ejemplos paradigmáticos en los que se obvió los principios básicos de la consulta, se encuentra:

El TIPNIS 2012

En este caso, la consulta no fue previa, no fue culturalmente adecuada, no fue informada, no fue libre. Si el Estado llevo a cabo la consulta, fue porque la presión de una gran movilización social logró frenar el proyecto carretero.

Se transgrede el carácter previo de la consulta, pues ésta no puede ser activada después de la presión popular, como sucedió. La Ley que ordena la consulta es aprobada sin consulta previa, la ley 222 y el proyecto carretero, no cuenta con estudio de informe de impacto ambiental y la información es

sistemáticamente negada por el Estado a los pueblos. Se lleva a cabo la consulta, mediando acciones de prebenda, división organizativa, transgrediendo todos los principios de buena fe. Por tanto, el gobierno se propuso violar todos los estándares de la consulta: No fue previa, ni libre, ni informada, ni de buena fe. El caso del TIPNIS resulta un caso paradigmático de estudio. Y lo que hicieron las organizaciones frente a ese escenario, fue sacar la Marcha como única medida. No se optó por ir a la justicia, no se pidió ninguna norma, ni acudir al escenario internacional, sino que se decidió resolverlo en el ámbito local, en el contexto de la movilización, y dio resultado.

Caso Tacovo Mora

En el caso de Tacovo Mora, no hubo consulta; por tanto, ningún elemento de ella se dio. El Estado tituló como predio particular el área de explotación petrolera para eludir la consulta. Se inventó un predio agrario privado para evadir llevar a cabo la consulta. No se proporcionó nunca información sobre los impactos de los pozos a los comunarios y sus autoridades.

Se forzó a la sustitución de la capitanía por una directiva afín al proyecto petrolero. Por tanto, ante la movilización que pedía consulta, vino una represión muy violenta. El gobierno forzó la sustitución de la directiva de la comunidad y además respondió con represión y judicialización de la protesta. Metió preso a los dirigentes, hasta que la presión bajó y el conflicto no se resolvió, pero se atenuó.

Lo mismo sucedió con el caso Rositas, en la pretensión de construcción de las hidroeléctricas, Bala, Chepete, Tariquía. En todos se dan experiencias de resistencia a megaproyectos y en todos los casos se logran detener por la movilización llevada a cabo.

En todos los casos se puede destacar que la movilización y la resistencia fueron instrumentos vitales para frenar proyectos para que no se lleven a cabo. En prácticamente todos los casos se detienen las obras. Asimismo, se puede ver el accionar del gobierno, dividiendo a las organizaciones, utilizando la prebenda, etcétera.

Intervención de la justicia constitucional en casos relativos a CPLI.

Se abordan dos casos de acceso a la justicia:

La Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Revisión de un Amparo Constitucional de SEDECA c/AP-Itika Guasu

Por primera vez se tiene una sentencia antigua, recién aprobada en 2010 donde el Tribunal constitucional rechaza amparo de una empresa SEDECA y para tal fin, abunda en elementos jurídicos para interpretar los derechos de los Pueblos Indígenas. Los fundamentos jurídicos generales son: la aplicación del **principio pro homine**, así también se aplica el principio de interpretación progresiva,

según la cual se debe elegir la interpretación más extensiva, la de mayor tutela y protección. Cita y recoge los estándares internacionales sobre Consulta que debe ser Libre, Previa, Informada, de buena fe, que habían sido desarrollados hasta ese momento.

De acuerdo al análisis, por un lado, esta sentencia resulta regresiva, porque en la legislación boliviana se tiene la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual extiende el consentimiento a todas las actividades, y no sólo a los cuatro casos que esta sentencia contempla: 1. Traslados de las tierras que ocupan; 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos; 3. Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio y 4. cuando se pretenda realizar construcciones militares en los territorios. En estos cuatro casos el consentimiento es obligatorio, y tendrían potestad los pueblos indígenas de vetar, algo que ni la OIT contempla. Por otro lado, tomando en cuenta lo que se aplica en el país, esta sentencia resulta revolucionaria, porque en los casos mencionados, el consentimiento tiene carácter vinculante. Es decir, si no hay consentimiento, se puede vetar el proyecto, y ese veto tiene carácter vinculante, algo que ni a nivel internacional se reconoce. Por ejemplo, claramente la OIT es bien específica en desarrollar de manera categórica, que el consentimiento no es veto, por tanto, la tendencia de las Organizaciones Internacionales es a la regresión.

En resumen, cabe destacar de esta sentencia, que el consentimiento tiene carácter vinculante, y por tanto contempla el derecho a veto, algo que ni organismos internacionales señalan.

La consulta se está convirtiendo en un proceso de las empresas y del estado. Ya no de los pueblos indígenas.

Declaración Constitucional Plurinacional 0073/2018. Consulta sobre aplicación de la “Justicia y resolución de Sentencia de Justicia Indígena Originaria Campesina” Consejo de Ayllus Originarios de Sud LÍpez – Potosí

Decisión consultada: Sanción de expulsión sin compensación económica, a la concesión minera La Candelaria por daño a la fauna y contaminación ambiental, discriminación, explotación laboral, desconocimiento al derecho a la libre determinación y autogobierno. Se recurrió al Tribunal Constitucional, analizó, aplicando nuevos principios plurinacionalidad, interculturalidad y descolonización, y analizó la consulta y el propio sistema del pueblo fue regularmente aplicado. si el procedimiento propio de ese pueblo fue aplicado. Y citó dos sentencias de derecho comparado: El Principio “mayor autonomía de decisión para conflictos internos” (Sentencia T-496/96 C.C. Colombia) y el Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” (T-254/94

C.C. Colombia) el proceso de consulta tiene que ver con la integridad cultural. Entran los operadores al territorio y se someten a la jurisdicción indígena.

Tendencias generales de la intervención de la justicia constitucional relativo a CLPI

- No está prevista la CLPI para la normativa a nivel de la Asamblea Legislativa Plurinacional, las normas que afectan a pueblos indígenas no son sometidas a la asamblea como sucede en otros países; por tanto, sería necesario que exista dicha normativa a ese nivel.
- Se debe trabajar en que el reconocimiento de un nuevo derecho, el indígena, que dialogue y sea tomado en cuenta en el mismo nivel que el “oficial”, de tal manera que de esta relación aporte a la construcción colectiva que materializa el Estado Plurinacional.
- Se cita todo el corpus iuris de instrumentos de DD.II. reafirmando su vigencia, pero se niega su aplicación a todos los casos sometidos a examen.
- La Acción Popular no funciona como mecanismo de exigencia de la CLPI respetuosa de los Derechos Indígenas.

En definitiva, la jurisprudencia sirvió para establecer el marco, pero no sirve como mecanismo de exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Indígenas a la CLPI, salvo los dos casos citados.

Tendencias sobre el cumplimiento de los estándares internacionales sobre CLPI

Veamos la situación en la que se encuentran aquellos elementos que constituyen la consulta de manera preponderante:

- *Previa*: Puede realizarse en cualquier momento, incluso después de iniciadas las obras, como se vio con el caso del TIPNIS.
- *Informada*: Es uno de los puntos débiles en las sentencias, generalmente no es abordado.
- *Buena fe y concertada*: Se precisan elementos importantes apoyados en la normativa y jurisprudencia de la Corte IDH e informes CIDH, ONU, etc. (SCP 300/12).
- *Búsqueda del consentimiento*: Dan por hecho el deber limitado a los “tres casos”, en contradicción a la vigencia de la DNUDPI y la misma CPE, claro que se rescata el derecho a veto.
- *Procedimiento culturalmente adecuado*: Se reconocen en las sentencias (2 casos) las normas y procedimientos propios y las organizaciones representativas.
- *Deber de acomodo*: No aparece como estándar en las sentencias. Surge del acuerdo de modificar o cancelar el proyecto. Esto nunca prevé el Estado. Si se ha dado es por movilización, por presión popular.

Conclusiones

- La normativa sobre industrias extractivas, ha sido reconstruida de tal forma que la consulta no está prevista para incidir en las decisiones estatales sobre estas actividades.
- La nueva arquitectura de esta legislación, establecida en disposiciones legales, reglamentarias y operativas prevén que la consulta sea una especie de requisito administrativo a cumplir antes, durante o después de iniciar actividades, por parte de los propios operadores.
- La única forma de contrarrestar la tendencia de que la Consulta sea un requisito administrativo, es la demostración de una correlación social de fuerzas que hagan imposible la aplicación de la normativa así diseñada. La resistencia y movilización social así lo ha demostrado.
- Los procesos de observación y acompañamiento que aplica el Órgano Electoral, sólo en contados casos, ha mostrado que el incumplimiento de los requisitos de la consulta puede reconducir el proceso hacia el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, aunque tiene todavía importantes falencias. No es un proceso vinculante para las autoridades convocantes. El papel del Órgano Electoral tiende a solo subsanar, de ninguna manera prioriza la afectación que sufre el pueblo indígena.
- El nuevo escenario de ejercicio de la Libre Determinación y la Autonomía para hacer respetar las decisiones sobre actividades, planes o proyectos son los Territorios indígenas, las Áreas Protegidas, y las comunidades y no los procesos de consulta judicializados y reglados por normas estatales.
- Recurrir a la justicia constitucional, que decide sobre la base de los instrumentos internacionales y el derecho comparado, puede ser una estrategia paliativa, pero no es la decisiva. Se ha visto que, si no existe movilización para la defensa de los derechos, no se consigue nada, esta fue la única estrategia que dio resultados.
- Que los pueblos indígenas acudan al Tribunal Constitucional, para obtener el aval a las decisiones tomadas, es desechar la autonomía y la libre determinación que se tiene y someterla a la tutela del Estado. Y esto no es necesario pues las decisiones son válidas para el conjunto del estado, la legislación y la CPE.

Propuesta

Una de las propuestas que Leonardo Tamburini señala es que ya en varios países de AL se están trabajando los llamados “Protocolos autonómicos de CLPI”, definidos como:

Normas autonómicas, propias construidas por cada pueblo, conforme a su propia organización, su gobierno, sus leyes y tradiciones, apoyándose en los derechos a la autonomía, la libre determinación y la participación en los asuntos que los afectan a través de la Consulta Previa y el Consentimiento Libre, Previo e Informado, pero sobre

la base de los procedimientos propios, o sea una consulta nuestra, no reglada por el Estado o por una norma nacional de consulta previa. Son los procesos propios de toma de decisión que los podemos llamar de consulta y que tiene que ser validados por el Estado.

Por tanto, son los Territorios, las Áreas Protegidas y las comunidades indígenas los escenarios donde se debe revolver la compulsa de la consulta. El escenario no es una legislación foránea, por más que esté como una conquista en la ley de hidrocarburos, pues hemos visto que termina por sustituir la libre determinación del pueblo porque son normas manejadas desde el propio Estado.



Situación de los derechos indígenas y territoriales en relación a la agenda económica gubernamental

Alex Villca Limaco

Presentó las características generales de la composición poblacional de los PPII en Bolivia. Destacó entre los instrumentos legales que reconocen y resguardan los derechos de los pueblos indígenas. La CPE, reconoce la existencia pre-colonial de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, garantizando su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su Derecho a la Autonomía, al Autogobierno, a su Cultura, al reconocimiento de sus Instituciones y a la Consolidación de sus Entidades Territoriales (Art. 2 y 30).



Uno de los aspectos que se resalta es que los recursos que se encuentran en territorios indígenas están bajo tutela del Estado. Y existe contradicción con los derechos que los Pueblos Indígenas han adquirido en el momento en que se titula y se dota desde el Estado.

Este puede ser uno de los puntos controversiales pues ¿cómo es posible que terceros sean los que doten, siendo que el art. 2 habla de la preexistencia?

El principal problema que existe es un desbalance histórico entre derechos reconocidos y derechos aplicados. Desde la aprobación de la CPE en 2009, se ha observado un creciente número de atropellos y violaciones a los derechos de los pueblos indígenas.

Veamos algunos aspectos en los que el Estado ha dejado de velar por los derechos de los pueblos indígenas.

Extractivismo y deterioro ambiental en Territorios Indígenas

Entre los aspectos que no dieron mucho resultado, destaca el proceso de saneamiento contemplado en la Ley INRA 1715.

El Estado ha intensificado como política económica el extractivismo: minería, hidrocarburos, monocultivos, infraestructuras de transporte y energía, provocando impactos irreversibles en los territorios indígenas y las Áreas Protegidas. De esta manera el Estado deja de cumplir su rol de protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y se encuentra al servicio de las empresas

extractivas. El Estado, asume un rol en el que facilita más bien el ingreso y operación de las empresas extractivas, al interior de los Territorios indígenas y las Áreas Protegidas. Desarrolló diversas normas y medidas administrativas en detrimento de garantizar el Estado de Derecho, y el respeto, la protección y la aplicación de los derechos de la población en general y de los pueblos indígenas en particular.

En lugar de emitir normas de protección para los pueblos indígenas; ha aprobado un paquete de normas incendiarias que favorecen a las empresas nacionales y transnacionales, contraviniendo la CPE.

Asimismo, destaca los efectos contraproducentes de la expansión de la frontera agrícola en las tierras bajas, que ha provocado incendios que están afectando cada vez más a los territorios indígenas.

Los casos de megaproyectos que afectaban a los Pueblos Indígenas, tal es el caso Chepete-El Bala y Rositas. Con estos proyectos se inundaría 771km², es decir, 5 veces la mancha urbana de la ciudad de La Paz. Seis territorios indígenas (Tacanas, Lecos, Mosestén, Tsiman, Uchupiamona y Esse Ejjá) serían afectadas y dos áreas protegidas serían destruidas irreversiblemente.

Entre los ejemplos nombrados de Territorios Indígenas y Áreas Protegidas en riesgo, se encuentran: 100 áreas petroleras se hallan en subasta, que afecta al 20% de los TCOs en las Tierras Bajas. Los Territorios indígenas enfrentan procesos de deterioro ambiental asociados al modelo económico extractivista. A esto se suma que el cambio climático, está provocando crisis en los sistemas productivos tradicionales.

Todo este contexto estaría provocando que se esté dando un proceso migratorio hacia las ciudades (60% de la población indígena reside en las ciudades).

Como ejemplo emblemático de violación al derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada se destaca el caso del TIPNIS. El gobierno, pese al rechazo de las comunidades al proyecto carretero, buscó la manera para llevar posteriormente a la movilización la Consulta. En este contexto las represiones de Chaparina y posteriormente la de Takovo Mora, ha desnudado al gobierno que se pretende y denomina indígena.

Factores sociales y orgánicos

Entre los elementos orgánicos que jugaron un papel pernicioso para los pueblos indígenas están:

La alianza del MAS con los interculturales (CSUTCB, Bartolinas) fue una amenaza para los Pueblos Indígenas.

La cooptación de las organizaciones y la creación de organizaciones paralelas a todo nivel desde los niveles de organizaciones matrices como la CIDOB y CONAMAQ, fue contraproducente y provocó el debilitamiento de las organizaciones sociales a todo nivel.

Retos y desafíos de los pueblos indígenas

Entre los retos y desafíos planteados se encuentran una serie de elementos que enfatizan la recuperación del Estado de Derecho que otorgue garantías necesarias de protección y cumplimiento a los derechos indígenas constitucionalizados y reconocidos en los Convenios Internacionales suscritos por el país.

Resulta vital, desarrollar un modelo económico diversificado, capaz de generar riqueza con base al aprovechamiento sustentable de las potencialidades naturales y culturales del territorio nacional y de la población; de la excepcional biodiversidad y diversidad cultural de Bolivia y en el que el aprovechamiento productivo y sostenible de los territorios indígenas sea promovido y ocupe un lugar en la economía. Por tanto, es urgente cambiar de modelo económico basado en el extractivismo. La política económica debe incorporar los principios básicos de sostenibilidad y sustentabilidad. Por tanto, el Estado debe alejarse de promover y autorizar modelos productivos depredadores de la naturaleza, como los monocultivos extensivos, la minería a cielo abierto, la actividad hidrocarburífera basada en el *fracking*, las mega hidroeléctricas inviábiles. Se ha visto que es vital, recuperar la independencia de las organizaciones indígenas.

Se debe prestar atención, y estar en alerta, pues es posible que la reactivación de la economía en crisis, producto de la pandemia sea el pretexto para “encaminar con más violencia los proyectos y megaproyectos extractivistas (mineros, petroleros, hidroeléctricos, agropecuarios, forestales, etc.) al interior de los territorios indígenas y las áreas protegidas de Bolivia.

El respeto a la democracia es vital, “Sin democracia, los primeros que pierden son los pueblos indígenas”.

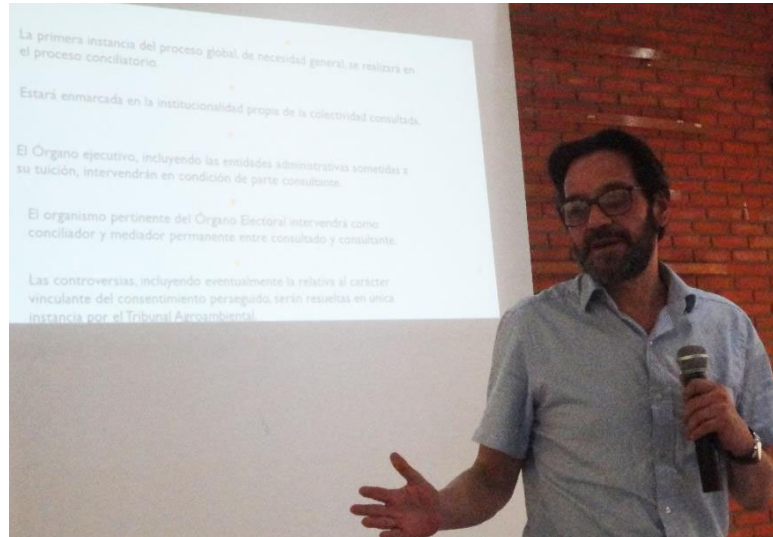


La aplicabilidad judicial de la Consulta Previa y la emergencia de una alternativa jurídica

Alejandro Almaraz

De inicio, se asume que el Derecho a la consulta, es una norma vital, que evidentemente crea problemas a los que manejan el Estado Boliviano.

Los principales postulados, consisten en destacar que existe una suplantación, una contra normativa, lo que ha ocasionado que se produzca una conculcación perfecta. Es decir, con el nombre de consulta han creado otro mecanismo, para otra cosa, con otra finalidad, pero simbólicamente, nominativamente se la llama consulta.



A nombre de consulta ¿qué tenemos? Un procedimiento escasamente informativo, cuya eficacia termina en determinadas compensaciones. En el mejor de los casos, la consulta se ha convertido en un proceso compensatorio, en el que se da una indemnización, alejándolo de su verdadero sentido. En otros casos es una figura protocolar, una solemnidad que se cumple para seguir ciertas normas.

La consulta ha sufrido una transformación, “le han dado la vuelta, a este instrumento jurídico”, contraviniendo a la libre determinación indígena. De esta forma, la consulta se ha convertido en un mecanismo civil dirigido a la compensación. Así lo concibe el Estado, los sectores que instrumentan al Estado y está también en el entendimiento común indígena. Se entiende que hay que recibir el mayor dinero posible por la afectación. Sin embargo, el daño es más profundo, es social más allá de lo jurídico.

Lo curioso y paradójico es que lo que se hizo con la consulta, ningún gobierno neoliberal lo hubiese podido hacer, y sí se lo hizo desde un poder surgido desde abajo, desde el proceso de cambio, activando la fuerza indígena simbólicamente. Un gobierno que se llama indígena es quien logró conculcar el derecho a la consulta indígena.

La consulta ha dejado de ser consulta y se ha vuelto en un mecanismo compensatorio. ¿Cuáles son los elementos estructurales que determina la distorsión?

Son dos:

El primero, la omisión del objetivo o de la finalidad de la consulta, el consentimiento claramente establecido en las fuentes internacionales, positivas y jurisprudenciales. En la CPE no está el consentimiento, pero si en el bloque Convenio 169 y Declaración de NNUU de mayor jerarquía que la CPE.

El segundo factor de la distorsión de la consulta, es el marco institucional, que la institucionalidad indígena ha sido suplantada por la institucionalidad pública. Normas propias de la colectividad indígena de la que se trata, eso es institucionalidad indígena, que han sido suplantadas por el Estado. Las instancias estatales se autopreguntan con la consulta, ellos deciden cómo cuándo, a quién, en qué idioma, en que periodicidad, y ellos dan el resultado de la consulta.

Entonces, entre los elementos normativos de la CPLI se debe contemplar, en primer lugar, que debe estar sometida a la institucionalidad propia indígena. Eso está contenido en las normas internacionales, y es fundamental para que la consulta tenga el sentido de incorporar la voluntad de las colectividades indígenas afectadas al desarrollo de los proyectos que son materia de la consulta.

Frente a esta situación, es indispensable un desarrollo normativo, no sólo por la distorsión de que la consulta se convirtió en otra cosa en hidrocarburos y minería, sino aun cuando no hubiera esas normas, el buen desarrollo de este derecho exige un desarrollo normativo. Hay que construir una legalidad, institucionalidad plurinacional. Y el Estado debe comprometerse a hacer respetar los derechos de los pueblos indígenas. Con el derecho internacional, la CPE, el bloque de la constitucionalidad, tenemos no solo una base, sino la posibilidad de aplicar, con el propósito de defender los Territorios Indígenas con eficacia. Es necesario en un horizonte mayor desarrollar lo que se halla en el bloque de constitucionalidad.

Contenido del desarrollo normativo de la consulta indígena

Derechos sustantivos

En cuanto a los derechos sustantivos, se contemplan tres contenidos principales:

El primero de subsanar la omisión del texto constitucional y establecer *el consentimiento como finalidad de la consulta*.

Si bien en la Sentencia constitucional de Itika Huasu, se señala que el derecho a la consulta, e indica el derecho al consentimiento. Por tanto, el derecho a la consulta es general, y al consentimiento se da en determinados casos. Sin embargo, abogamos porque el consentimiento se debe reconocer en la amplia

diversidad de casos, en los que el proyecto o actividad sujeto a consulta amenaza la reproducción física o cultural del pueblo, (ej: megrarepresas, gran minería, a cielo abierto y la otra también, explotación petrolera, las mega represas), cualquier proyecto que ponga en riesgo la subsistencia física del pueblo.

Una falencia es que el derecho al consentimiento no está interpretado con alcance general. El aporte de la sentencia del Itika Guasu, es el derecho al consentimiento que significa Veto, entendido con otra palabra, “el deber ilimitado del consentimiento”, que se lo recoge en la doctrina interna y jurisprudencia. Si el consentimiento no autoriza la obra o proyecto, esa obra no debe hacerse. En otras palabras, VETO. Si bien no es con alcance total, pero sí amplio.

Otra virtud de la sentencia, vincula el derecho a la consulta con el derecho a la participación en la elaboración del proyecto. Lo común es que los proyectos puedan modificarse y eso se busca en la consulta, la oportunidad de que el proyecto se modifique para eliminar los daños a la población indígena y más bien traducirse en beneficios. Se trata de que se busque el consentimiento, si es que no termina al ser un caso vinculante tendría que terminar en una modificación del proyecto. El consentimiento podría otorgarse con esa condición de cambiar el proyecto.

El segundo aspecto que debe tener como contenido sustantivo de la norma que debíamos tener, establecer y delimitar es el ámbito de la *vinculatoriedad del consentimiento*. Si el consentimiento no autoriza la obra o proyecto, esa obra no debe hacerse. En otras palabras, VETO.

Tercero, *abrogar toda la amplia y densa normativa conculcatoria, suplantadora, distorsiva de la consulta*. Me faltó poner excepciones de casos en los que hay que pensar en derogaciones, modificaciones principalmente.

Los contenidos adjetivos

La norma debe tener los siguientes contenidos adjetivos.

Establecer y regular la doble instancia procedimental para los procesos de consulta indígena. Doble instancia quiere decir, en la jurisprudencia nacional y en la doctrina internacional.

La **primera instancia** del proceso global, se realizará en el proceso conciliatorio. La consulta, es un proceso sui generis de carácter conciliatorio, situado en la normativa indígena.

La consulta debe estar enmarcada en la institucionalidad propia de la colectividad consultada. La distorsión más profunda es que las autoridades del Estado deciden la consulta, cómo, cuándo, con quién hablar, si hablarán solo con los dirigentes, o con la gente. En realidad, hasta ahora lo que se da es un proceso informativo, se le debía llamar socialización o validación y no consulta. De esta manera, es necesario situar a la CLPI en la institucionalidad propia de la organización y que sea ésta quien diga cómo, cuándo, quiénes estarán y quiénes no.

El consultado debe ser el pueblo indígena en el marco de su institución. El Estado, debe asumirse como consultante, expresado en AJAM, ABC, y el Viceministerio de hidrocarburos que transmiten la

información de lo que el Estado quiere hacer, por cuenta propia o con intermediación de empresarios privados.

El órgano ejecutivo, incluyendo las entidades administrativas sometidas a su tuición, intervendrán en condición de parte consultante.

El Organismo pertinente del órgano Electoral (SIFDE) intervendrá como conciliador y mediador permanente entre consultado y consultante. Desde el primer momento hay la Controversia real y tendría que haber tratamiento adecuado de la controversia a través de la mediación. El consultante dirá se terminará en un mes, y puede ser que un mes no sea nada para los indígenas y éstos más bien digan 20 años, y ahí se necesita que se medie, que se busque la conciliación, ese es el sentido de la consulta, encontrar acuerdos.

Las controversias incluyendo eventualmente la relativa al carácter vinculante del consentimiento perseguido, serán resueltas en única instancia por el Tribunal Agroambiental.

La conclusión de la consulta que es la respuesta a la misma, la tiene que dar la organización consultada. Debe existir un documento de conclusiones autónomamente elaborado, por la organización indígena, en el que explique las razones de su respuesta. Posiblemente, una dificultad es darle formalidad estatal, validez pública a un documento de una entidad no estatal, como una organización indígena. Entonces el órgano Electoral deberá dar aval, de modo que la respuesta que está en el documento corresponde a la voluntad de los consultados, y adquiere formalidad pública. En caso de consentimiento es vinculante, ahí termina la consulta.

El Pueblo indígena estableciéndose para que pueda ejercer el veto, sino le conviene el proyecto, éste no pueda proseguir. Sin embargo, si el consentimiento no es vinculante, no hay acuerdo, y el Pueblo indígena dice no, y el Estado no está obligado a acatar y decide llevar a cabo el proyecto, se debe prever, que en vez de la resolución de la autoridad competente, sea la comunidad indígena la que tome la decisión, pero el consultante podrá pronunciarse ratificando su decisión de ejecutar el proyecto, en estos casos el conflicto será resuelto en única instancia por el Tribunal Agroambiental, y esa resolución será impugnabile.

La **segunda instancia** procedimental para los procesos de consulta indígena es la siguiente. En los casos en los que, no siendo vinculante el consentimiento perseguido, no se lo haya alcanzado, y la autoridad consultante persista en el propósito de ejecutar el proyecto rechazado por el consultado, el pronunciamiento de esta podrá ser impugnado por la organización consultada ante el Tribunal Agroambiental por la vía contencioso-administrativa. La sentencia respectiva será definitiva.

Si no es vinculante el consentimiento, y el Estado que hace la consulta contra el criterio de indígenas consultados, decide meter nomás el proyecto, esa decisión tiene que poder ser impugnabile, y para que sea eficaz y no deba eludirse, no pueda torcerse, debe ser por el proceso contencioso administrativo,

la impugnación el Pueblo indígena debe presentar ante el Tribunal Agroambiental, autoridad a la que le corresponde resolver el asunto. A esto se suma elementos a tomar en cuenta, en los que se debe trabajar

Cuando hablamos de consulta, no es un derecho cualquiera, o que solo afecte a los indígenas. No puede haber consulta sin otro modelo de desarrollo. El modelo extractivista que tenemos, sometido al mercado primario exportador, no puede ir aparejado con el derecho a la consulta.

Bolivia es un país indígena, y darle vigencia al derecho a la consulta, es transformar la sociedad boliviana en ese campo económico. Llevar a cabo la consulta, es transformar profunda y estructuralmente la sociedad boliviana.

Asimismo, hay otras cosas, que afectan a Pueblo Indígena, que no deben dejar de ser consultadas. La agroindustria, el uso de agroquímicos, debían ser consultadas, el paquete tecnológico de los transgénicos.

Para que la consulta funcione tiene que tener respaldo público. Para que una normativa, eficaz funcione tiene que haber otra institucionalidad pública.

Se necesita una revolución social, construir un Estado realmente democrático, no solo en las normas, sino en lo concreto, administrando justicia.

Por último, les corresponde a las organizaciones indígenas el debate. Si no se apropian de su organización o hacen otra no van a hacer nada. Con dirigentes cooptados, se dará la reproducción al infinitum de la prebenda. Organizarse es lo mínimo elemental. Sin organización no hay nada.



Ideas fuerza y líneas de trabajo

- ✓ Una de las ideas resaltadas tanto por los disertantes como por los participantes es que el ejercicio del derecho a la consulta se halla enmarcado en el derecho “madre” de la libre determinación, por tanto, no se trata de un derecho menor. La aplicación del proceso de Consulta Libre Previa e Informada, es reflejo de la autonomía de la que gozan los pueblos indígenas.
- ✓ Se ha visto que de manera concreta el derecho a la CLPI está reconocido plenamente, tanto en instrumentos internacionales como forma parte del bloque constitucional.
- ✓ Ya en la práctica se ha visto que las disposiciones del proceso de consulta en las leyes como la de minería e hidrocarburos, señalan que ésta se activa a petición de la autoridad convocante. Por tanto, existe observación y crítica a este elemento, pues la consulta es un derecho de los pueblos indígenas, y son los directos afectados, razón por la que corresponde que la consulta sea llevada a cabo por los pueblos indígenas de acuerdo a sus procedimientos propios y como expresión de la autonomía y la libre determinación.
- ✓ Asimismo, el papel desempeñado por el órgano Electoral no debía ser el de simple observador que emite un informe que tiende a ser subsanado por la empresa que lidera el proyecto, y se lleva adelante el proyecto, o plan. El papel del OE debería ser el de certificar que en el proceso de consulta sean respetados los estándares de la consulta previa.
- ✓ Tal como se halla actualmente, el proceso de consulta es un mero trámite administrativo y no se trata de una consulta indígena propiamente. Además, se trata de que el proceso de consulta no sea un obstáculo para los proyectos.
- ✓ En todos los casos de pueblos indígenas que enfrentaron proyectos que les afectaban de una u otra manera, se destaca el rol crucial de la movilización y la resistencia, que posibilitaron detener o frenar los proyectos. Por tanto, esta estrategia debe permanecer, pues es decisiva.
- ✓ Se rescató la sentencia Itika Guasu, como revolucionaria por que el consentimiento en cuatro casos o situaciones concretas, el consentimiento es vinculante, por tanto existe la posibilidad de veto, elemento que ni organismos internacionales contemplan.
- ✓ En definitiva, la jurisprudencia sirvió para establecer el marco pero no sirve como mecanismo de exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Indígenas a la CLPI. La consulta cada vez más se está convirtiendo en un proceso de las empresas y del estado. Ya no de los pueblos indígenas. Y se tiene que trabajar en rescatar su verdadero sentido.
- ✓ Otro de los elementos destacados es que la consulta se ha convertido en un mecanismo civil dirigido a la compensación. Así lo concibe el Estado, los sectores que instrumentan al Estado y está también

en el entendimiento común indígena. Se entiende que hay que recibir el mayor dinero posible por la afectación. Por tanto, existe una transformación en el sentido de lo que es la consulta.

- ✓ Otro de los elementos es que se ha omitido el objetivo o la finalidad de la consulta, el consentimiento, que además está en el derecho internacional y la CPE. Hay que rescatar este elemento central de la consulta, para la elaboración de una norma sobre Consulta indígena.
- ✓ El consentimiento debe ser vinculante, por tanto, en caso de que sea necesario el veto a determinado proyecto, éste debe respetarse.
- ✓ Un elemento sobre el que se debe trabajar es rescatar las normas propias de la colectividad indígena, que ha sido suplantada por la institucionalidad pública.
- ✓ Se coincidió que es urgente un desarrollo normativo. Se debe construir una legalidad, institucionalidad plurinacional, en la que el Estado se comprometa a respetar los derechos de los Pueblos indígenas.
- ✓ Hubo un proceso de autocrítica y se reconoció que el accionar del gobierno fue dividir a las organizaciones, cooptarlas utilizando la prebenda. Por tanto, la reorganización y construcción de organizaciones fuertes que sean consecuentes y defiendan sus derechos y hagan frente a proyectos o planes que puedan afectarlos, es crucial.
- ✓ Es así que se coincidió asimismo que los escenarios donde se tiene que ejercer la Libre Determinación y la Autonomía, para llevar a cabo el derecho a la consulta y hacer respetar las decisiones sobre actividades, planes o proyectos son los Territorios indígenas, las Áreas Protegidas, y las comunidades y no los procesos de consulta judicializados y reglados por normas estatales.
- ✓ El análisis fue profundo, y se sostuvo que se debe transformar el modelo económico extractivista para que exista el derecho a la consulta. El modelo extractivista que tenemos, sometido al mercado primario exportador, no puede ir aparejado con el derecho a la consulta.
- ✓ Tanto pueblos indígenas de tierras altas y bajas deben trabajar en una normativa de consulta, ya sea rescatando los protocolos autonómicos de consulta y otras modalidades, pues se avecina un recrudescimiento de la ejecución de grandes proyectos que afectarán los territorios. A esto se suma la reactivación de la economía tras la pandemia. Asimismo, se debe tener en cuenta que otras organizaciones como los campesinos, interculturales, tienden a mermar los recursos, por tanto en los pueblos indígenas de tierras bajas recae el resguardo de los recursos naturales.
- ✓ Asimismo, se manifestó que es necesario irradiar la discusión del derecho a la consulta y descentrar el sujeto, puesto que las afectaciones de los proyectos y planes llevados a cabo en territorios indígenas afecta a todos, por tanto, la discusión y participación es de incumbencia de todos los bolivianos.

Anexo. Participantes.

	Nombre	Especialidad/cargo	Residencia
1	Nélida Faldín Chuvé	Ex constituyente (2006) en representación del pueblo indígena chiquitano), TCO San Antonio de Lomerío	Santa Cruz
2	Leonardo Tamburini	Investigador social y activista de los derechos indígenas	Santa Cruz
3	Alcides Vadillo	Director Regional Oriente	Santa Cruz
4	Gonzalo Colque	Director TIERRA	Santa Cruz
5	Miguel Vargas	Director CEJIS	Santa Cruz
6	Juan Carlos	Radio Santa Cruz	Santa Cruz
7	Bertha Bejarano	Líderesa indígena Moxeña	Beni
8	Osar Bazoberry	Director IPDRS	La Paz
9	Alejandro Almaraz	Investigador jurídico	Cochabamba
10	Gabriela Canedo	investigadora, Cochabamba	Cochabamba
11	Martha Cabrera	Líderesa y ex kuraca de la nación	Sucre
12	Alex Villca Limaco	TCO Uchupiamonas, líder indígena sobre la construcción de la represa	Norte de La Paz
13	Pedro Portugal	Director del Periódico digital Pukara, Investigador y activista sobre indianismo	La Paz
14		Líder indígena de Macharetí	Chuquisaca
15		Líder indígena de Charagua	Chuquisaca
16	Gladis Montesinos Sollo	Hermana Carmelita Misionera, activista de los derechos indígenas	Yucumo, La Paz
17	Esteban Sanjinés	Coordinador WHH (TIERRA)	La Paz