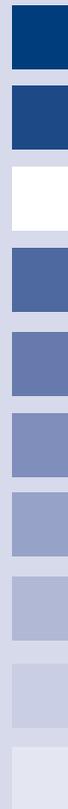


LA CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO BOLIVIANO

Vladimir Ameller Terrazas
Diego Andrés Chávez Rodríguez



LA CONSULTA PREVIA EN EL ESTADO BOLIVIANO

Vladimir Ameller Terrazas
Diego Andrés Chávez Rodríguez

Resumen

La coyuntura boliviana ha traído a la palestra pública la temática de la consulta previa para aquellas medidas que puedan afectar a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es importante establecer que dicha temática posee un amplio análisis en el derecho internacional, en especial a raíz de disposiciones normativas de organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, o también por directrices de organismos multilaterales de financiamiento, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo.

No obstante, la normativa boliviana ratificó todos estos postulados internacionales no sólo en el texto constitucional, sino también en la normativa sectorial vigente; por lo tanto, se requiere el análisis de los actores que participan en este tipo de procesos, como lo son los gobiernos, las empresas y los pueblos indígenas, todos ellos con posiciones que parecen divergir, pero que pueden ser conciliadas a través del respeto a las normas y los derechos adquiridos con los criterios básicos de privilegiar el interés común y de desarrollo de la nación en su conjunto.

Esto obliga al establecimiento imprescindible de canales permanentes de coordinación, lo que no significa que todavía existan temáticas pendientes que deberán ser resueltas si se persigue el éxito de este tipo de procesos, más aun, cuando está de por medio un costo implícito en esta clase de consultas, que utilizan fondos estatales sin una necesaria y más científica valoración de la importancia, la materia, el tiempo y las verdaderas implicancias para el largo plazo y el bien común, que justifiquen el financiamiento y el uso de recursos públicos.

I. Introducción

La consulta previa se ha constituido en una de las temáticas de más amplio debate en la coyuntura boliviana, más aún tomando en cuenta que la misma se constituye en un derecho constitucionalmente reconocido a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Sin embargo, su tratamiento no está exento de complicaciones debido a la abundante normativa en la materia, así como pronunciamientos oficiales al respecto. Por esta razón, en la segunda sección, se realiza un recorrido por aquellos elementos de mayor importancia emanados en el derecho internacional a través de directrices de organismos internacionales; en

la tercera sección, el documento aborda la normativa relacionada con la consulta previa en Bolivia. A raíz de esta descripción normativa, la cuarta sección se dedica a esbozar las perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta previa en Bolivia, lo que implica el análisis de los participantes, las posiciones de los actores en torno a ésta y algunos criterios de conciliación de intereses respecto de la lógica de los bienes públicos y el interés común, lo que supone contrastar este derecho a la consulta con el financiamiento y la absorción estatal del costo del mismo.

Finalmente, la quinta sección está dedicada a algunas conclusiones sobre los desafíos a la hora de implementar la consulta previa en Bolivia, para lo cual se establecen algunos interrogantes que tienen el interés de ampliar el debate en torno a la temática.

II. La consulta previa en el derecho internacional

Sin duda alguna, la temática de la consulta previa a los pueblos indígenas ha contado con el apoyo de una serie de organismos internacionales, entre los que destacan todo el Sistema de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos (OEA); sin embargo, dicha temática también está apoyada por directrices emanadas desde organismos financieros multilaterales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

A continuación, se presentan aquellos elementos que destacan los organismos internacionales más importantes en materia de consulta previa, con el fin de contar con la arquitectura normativa internacional en esta materia.

A. El Sistema de las Naciones Unidas

En este punto, se hace referencia al Sistema de las Naciones Unidas, pues comúnmente se considera que es sólo la Organización Internacional del Trabajo (OIT) uno de los pocos organismos que ha emitido pronunciamientos sobre la consulta previa; no obstante, como se podrá apreciar en esta sección, son varias instancias de las Naciones Unidas las que prestaron especial interés a este derecho de los pueblos indígenas.

- Organización Internacional del Trabajo

La OIT es uno de los organismos a los que mayor atención se presta en materia de pronunciamientos en torno a la consulta previa; ello se debe, sin duda alguna, a que ésta es la instancia desde donde se adoptó en 1989 el

“Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”¹, donde se establece que:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; [...] 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”²

A su vez, en la Guía de Aplicación del Convenio 169 de la OIT, se manifiesta que *“los Estados deberán celebrar consultas incluso cuando se modifiquen disposiciones jurídicas sobre las tierras y el territorio, pero que los pueblos indígenas, como ningún segmento de la población nacional de cualquier país, tienen derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecten a todo el país”³.*

Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT se constituye en una de las principales normas internacionales en materia de consulta previa, pues establece dos elementos centrales: por un lado, el deber de los gobiernos a consultar a los pueblos indígenas a través de instituciones representativas de éstos y, por otro lado, que las consultas llevadas a cabo mediante las directrices del Convenio tienen la finalidad de lograr consentimiento entre gobiernos y pueblos indígenas sobre las medidas planteadas por los primeros y que puedan afectar a los segundos.

- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

La CEACR se establece en 1926, con el fin de evaluar los informes elevados por los Estados sobre los convenios que son auspiciados por la OIT y, en materia de consulta previa, llevó adelante una serie de evaluaciones que van desde otorgamiento de licencias ambientales hasta la implementación de proyectos extractivos⁴.

1 Este Convenio fue ratificado por Bolivia mediante Ley N° 1257, de 11 de diciembre de 1991.

2 Convenio 169 de la OIT, artículo 6.

3 Morris, Meghan, César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. “La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional”. Programa de justicia global y derechos humanos. Documentos número 2, Colombia, 2009.

4 Cfr. *Ibid.*, 11-12.

No obstante, es importante tomar en cuenta que "las observaciones de la CEACR no son vinculantes, sino son indicadores del progreso de los Estados en la ejecución efectiva al nivel legislativo y práctico de sus compromisos bajo el Convenio"⁵.

Si bien los informes de evaluación de la CEACR no generan obligatoriedad en los Estados, se constituyen en instrumentos importantes de seguimiento a la implementación de las directrices de la OIT en materia de consulta previa, pues a través de ellos es posible identificar aquellos elementos que requieren de mejora en el cumplimiento y/o, a su vez, reforma procedimental para llevar adelante este tipo de consultas con el fin de generar el consentimiento establecido en el citado convenio.

- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

Otra de las normas internacionales de importancia en materia de consulta previa es la denominada "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas"⁶, adoptada en septiembre de 2007. Esta Declaración es importante, pues establece que:

"Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado"⁷.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado"⁸.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. 2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos

5 Ibid., 12.

6 Esta Declaración fue ratificada por Bolivia mediante Ley N° 3760, de 07 de noviembre de 2007.

7 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 19.

8 Ibid., artículo 28.

indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. 3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual".⁹

Conforme a lo establecido en las disposiciones normativas antes citadas, se puede afirmar que "la Declaración es el pronunciamiento más [...] importante en materia de la consulta previa, pues involucra plenamente el principio del consentimiento libre, previo e informado para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Adicionalmente, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado"¹⁰.

Por lo tanto, son dos los elementos que se rescatan de la Declaración: por un lado, la necesidad de obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ante cualquier medida que pueda afectarlos y, por otro lado, la necesidad de implementar mecanismos de reparación a través de una restitución territorial y/o indemnización por el nivel de afectación generado a los pueblos afectados.

- Comité de Derechos Humanos, encargado del monitoreo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Dentro del Sistema de las Naciones Unidas, también se encuentra el denominado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado a través de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Esta norma es importante, pues en su artículo 27 dispone que:

"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural,

⁹ *Ibíd.*, artículo 32.

¹⁰ Morris, Op. Cit., 12.

a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".¹¹

La disposición citada resulta bastante general a la hora de intentar una interpretación; no obstante, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas elevó la denominada Observación General N° 23 en 1994, donde se desarrolla el alcance del artículo citado y, al respecto, afirma que:

"Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo".¹²

La Observación también señala que los derechos culturales de estas minorías se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios; por lo tanto, puede verse necesario adoptar *"medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan"*. De esta manera, en la Observación se afirma que los derechos consagrados en el artículo 27 del PIDCP sí implican el derecho de los grupos indígenas a participar en las decisiones que los afecten¹³.

A pesar de que la disposición normativa citada resulta bastante general, es la Observación General la que interpreta la misma y establece como un elemento importante en materia de consulta previa la necesidad de establecer canales de participación efectiva de grupos minoritarios cuando se tomen decisiones que puedan afectarles.

- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) se crea en 1969 como entidad de monitoreo del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial y, en el marco de esta labor, elabora recomendaciones a los Estados partes para dar cumplimiento al convenio señalado.

11 *Ibid.*, 13.

12 *Ídem.*

13 *Cfr. Ídem.*

En este sentido, el CEDR elaboró la Recomendación General No. 23 en 1997, la cual se enfoca en el combate a la discriminación a pueblos indígenas, donde se establecen tres elementos de importancia en materia de consulta previa: 1) insta a los Estados a que las decisiones directamente relacionadas con dichos pueblos no sean adoptadas sin el consentimiento informado por éstos; 2) establece la necesidad de reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios colectivos, y 3) la necesidad de que todo Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando los pueblos indígenas hayan sido privados de sus derechos y, por ende, hayan sido afectados por estas medidas¹⁴.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) se estableció en 1985 y está conformado por especialistas independientes encargados de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en ese marco, elaboran informes de observación.

A raíz de ello, varias observaciones finales del CDESC instan a los Estados partes a consultar con los pueblos indígenas antes de adoptar decisiones que los afecten y, en otros casos, se ordena de forma específica que se consiga el “pleno consentimiento” de los pueblos indígenas susceptibles de afectación¹⁵.

- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas tiene, entre sus funciones, investigar formas de superar los obstáculos existentes para proteger los derechos de los indígenas y, en ese marco, en el año 2003, cuando aún se discutía el proyecto de la Declaración de los Pueblos Indígenas, manifestó que:

*“En relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas, (y éste) así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos”.*¹⁶

14 Cfr. *Ibíd.*, 15.

15 *Ídem.*

16 *Ibíd.*, 16.

Asimismo, el Relator desarrolló el concepto del consentimiento libre, previo e informado, donde establece que dicha idea debe seguir los siguientes criterios: no debe haber coerción, intimidación ni manipulación; el consentimiento debe basarse en la buena fe; debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o inicio de actividades; debe obtenerse luego de proporcionar suficiente y amplia información comprensible y en el idioma del pueblo o comunidad afectada y debe obtenerse de las autoridades designadas por las mismas comunidades¹⁷.

Por lo tanto, la importancia de lo señalado por el Relator radica en el hecho de sentar las bases sobre las cuales deberá edificarse el denominado consentimiento libre, previo e informado que deberán obtener los Estados al momento de establecer una medida de posible afectación a los pueblos indígenas.

- Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas tiene como una de sus funciones examinar cuestiones indígenas en los ámbitos de desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos para dar asesorías especializadas y recomendaciones sobre asuntos indígenas al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

En los informes preparados por este Foro, se recomienda a los Estados adoptar en su marco jurídico interno y sus planes de desarrollo el principio de consentimiento libre, previo e informado y, por lo tanto, en virtud de este principio, los pueblos y comunidades indígenas deben participar en las decisiones y los beneficios que surjan de los programas que les afecten¹⁸.

A raíz de las actividades que realiza el Foro Permanente, el año 2005 se organizó un taller *"con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionadas con el consentimiento libre, previo e informado, identificar los retos existentes sobre el tema y hacer recomendaciones sobre el contenido del concepto y las posibles metodologías para lograrlo. [...] Se identificaron varios principios que un proceso debe tener para lograr un verdadero consentimiento libre, previo e informado, tales como la ausencia de coerción o manipulación; el respeto por el tiempo requerido por los pueblos y la provisión de información completa sobre el motivo del proyecto, su naturaleza y alcance, los posibles riesgos y las posibilidades de beneficio para los pueblos afectados"*¹⁹.

17 Ídem.

18 Cfr. *Ibíd.*, 17.

19 Ídem.

B. La Organización de los Estados Americanos

Otro de los organismos que está vinculado a la consulta previa es la OEA, en cuya Asamblea General en 1999 se encargó a un Grupo de Trabajo la elaboración de un proyecto de Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas. Este Grupo tenía como uno de sus objetivos continuar con la consideración del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997, en el cual se enfatizaba la necesidad de lograr el consentimiento informado y la participación de los pueblos indígenas tanto en los proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos como en el caso de proponer su reasentamiento, entre otras situaciones²⁰; no obstante, este proyecto todavía no ha llegado a adoptarse y continúa en análisis al interior de este organismo.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos empezó a funcionar el año 1979 y tiene como su función principal velar por la garantía de los derechos humanos en los Estados partes.

Según algunos autores, *"en materia de consulta, los informes redactados por la Comisión han interpretado de manera amplia las situaciones en que debe realizarse una consulta, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos dentro de territorios indígenas. En general, los informes sólo recomiendan lograr el consentimiento de los afectados cuando sea jurídicamente necesario"*.²¹

- Corte Interamericana de Derechos Humanos

Existen sentencias emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde se establecen con alto nivel de detalle los casos susceptibles de realización de la consulta; a su vez, disponen que, en algunos casos, se debe ir más allá de la consulta y, por tanto, se necesita la obtención del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas; en estas sentencias también es posible encontrar el desarrollo del concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura; entre otros aspectos, estas disposiciones desarrollan el tema de reparaciones a la afectación de los pueblos indígenas, a través de la orden de devolución de tierras y otras formas de reparaciones no pecuniarias, así como las indemnizaciones²².

²⁰ *Ibíd.*, 18.

²¹ *Ídem.*

²² *Cfr. Ibíd.*, 19.

Lo importante de las sentencias de la CIDH es la obligatoriedad del cumplimiento de sus mandatos por parte de los Estados partes, lo cual se constituye en un instrumento de importancia para los pueblos indígenas que consideren una vulneración a sus derechos en materia de consulta previa.

C. Organismos financieros multilaterales

Los organismos multilaterales financieros – como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo – también juegan un rol importante en materia de consulta previa, pues dichas entidades han emitido políticas en esta materia que han generado dos tipos de implicaciones: el condicionamiento de los préstamos a determinados proyectos a su cumplimiento y, asimismo, sirven como mecanismos de auto-evaluación de las actividades realizadas en dicha materia, por los mismos organismos²³.

Sin embargo, como señalan algunos autores, dichos pronunciamientos constituyen derecho blando y, por lo tanto, no son jurídicamente vinculantes para los Estados, y su cumplimiento por los organismos depende del ejercicio de control y monitoreo por los organismos mismos²⁴, aunque estas directrices en muchos casos sí son consideradas como uno de los requisitos al momento de implementar un proyecto en el cual pueda verse afectada población perteneciente a pueblos indígenas.

III. Fundamento normativo de la consulta previa en Bolivia

A continuación, se presenta la normatividad vigente en Bolivia referida a la consulta previa a los pueblos indígena originario campesinos.

A. Constitución Política del Estado

Es en el nuevo texto constitucional del Estado boliviano, en el cual se establece que:

"En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa

²³ Cfr. *Ibid.*, 20.

²⁴ *Ídem.*

obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan".²⁵

A su vez, en cuanto a la naturaleza de la consulta, la Constitución Política del Estado (CPE) dispone que:

"La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios".²⁶

En este marco, desde un punto de vista de territorialidad indígena el texto constitucional dicta que:

"I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades. II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos".²⁷

A su vez, en el marco de la reforma territorial del Estado, el texto constitucional reconoce la existencia de cuatro tipos de autonomías, una de las cuales es la autonomía indígena originaria campesina. Su importancia en el marco de la consulta previa es que dicha autonomía tiene como una competencia exclusiva *"participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta*

25 CPE, artículo 30/II.

26 Ibidem, artículo 352.

27 Ibidem, artículo 403.

*previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten*²⁸.

Por lo tanto, las autonomías indígena originaria campesinas, allí donde surgieren, están facultadas para el desarrollo de los mecanismos de consulta previa para todas aquellas medidas que puedan afectar las jurisdicciones gobernadas por este nivel de gobierno.

B. Ley de Hidrocarburos y Decreto Supremo reglamentario

Conforme a lo establecido en la Ley de Hidrocarburos boliviana, las comunidades y los pueblos campesinos indígenas, originarios, independientemente de su organización, deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera en sus territorios²⁹.

A su vez, en esta ley, se define, por un lado, que la consulta tiene un carácter obligatorio y, por lo tanto, las decisiones que resulten de este proceso deberán ser respetadas y, por otro lado, que toda consulta se realizará en dos momentos: 1) previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos; y 2) previamente a la aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental³⁰.

Otro elemento importante de la Ley de Hidrocarburos en materia de consulta es que en esta norma se establece que todo impacto socio-ambiental negativo directo, acumulado y a largo plazo, sobre tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no, deberá ser compensado financieramente por los titulares de las actividades hidrocarburíferas, tomando como base los estudios de evaluación de impacto ambiental³¹. Asimismo, se establece que existirá una indemnización por daños y perjuicios emergentes de actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos que afecten tierras comunitarias de origen, comunales, indígenas o campesinas, tituladas o no; dicha indemnización deberá contemplar los perjuicios derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales en las zonas impactadas por las medidas³².

28 CPE, artículo 304/I/22.

29 Ley N° 3058, artículo 114.

30 *Ibidem*, artículo 115.

31 *Ibidem*, artículo 119.

32 *Ibidem*, artículo 120.

No obstante, una de las normas más interesantes en materia de consulta es el Decreto Supremo N° 29033 – norma reglamentaria de la Ley de Hidrocarburos – que tiene como objeto establecer las disposiciones y procedimientos para el proceso de consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando se pretenda desarrollar actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso³³.

Para tal efecto, la citada norma establece que cada momento de la consulta –previa licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y previa aprobación de los estudios de evaluación de impacto ambiental– contemplará cuatro fases³⁴, que son:

- Fase 1: Coordinación e información.
- Fase 2: Organización y planificación de la consulta.
- Fase 3: Ejecución de la consulta.
- Fase 4: Concertación.

La primera fase contempla, en un primer momento, la convocatoria para iniciar el proceso de consulta y participación, en el cual la autoridad competente convocará por escrito a las instancias de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas –adjuntando toda la información pública de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero– para sostener una reunión informativa acerca de la actividad que se presente realizar y, a su vez, para coordinar el proceso de consulta³⁵.

En un segundo momento, a raíz de la convocatoria, se llevará a cabo una reunión preliminar convocada por las instancias de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, quienes determinarán lugar y fecha de la misma y en la cual la autoridad competente presentará los alcances de la actividad, obra o proyecto hidrocarburífero que se pretende desarrollar³⁶.

Luego de realizar la reunión preliminar, se da paso a la segunda fase, en la cual la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas llevará adelante la coordinación interna según sus usos y costumbres y presentará a la autoridad competente una propuesta escrita para la realización del proceso de consulta y participación, la que

33 Decreto Supremo N° 29033, artículo 1.

34 Ibidem, artículo 9.

35 Ibidem, artículo 10.

36 Ídem.

deberá contener como mínimo: a) el plan metodológico y cronograma que comprenda actividades comunitarias, talleres, reuniones y asambleas; b) asesoría especializada que requieran los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas para su adecuada participación; y c) el presupuesto para todo el proceso.

Una vez presentada la propuesta escrita, la autoridad competente fijará una reunión con la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas para analizar su propuesta y la contrapropuesta de esta instancia, ello con el fin de llegar a un acuerdo y suscribir un acta de entendimiento que garantice la ejecución de la consulta y la participación³⁷.

Después de firmar el acta de entendimiento, se dará lugar a la tercera fase, en la que el proceso de consulta y participación será ejecutado conforme a lo establecido en dicha acta; por lo tanto, deberá ser realizada conforme a los plazos establecidos en ésta. Sin embargo, una vez cumplidos los plazos señalados, se establece un periodo de tres meses para cumplir con el proceso, llegar a un acuerdo conjunto y firmar un convenio de validación del mismo³⁸.

Finalmente, se llega a la cuarta y última fase, en la que los resultados de la ejecución del proceso de consulta y participación concluyen con un documento de validación de acuerdos, mediante un convenio suscrito entre la autoridad competente y la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas. El documento señalado deberá recoger la posición, observaciones, sugerencias, complementaciones y recomendaciones concertadas por los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas que podrán ser afectados³⁹.

Una vez concluidas las cuatro fases descritas, que culminan con la firma del convenio de validación del proceso de consulta y participación, se dará paso al segundo momento en el que se realizará el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA), donde se tendrán como criterios fundamentales los elementos establecidos en el señalado convenio.

Sin embargo, en todo este procedimiento también se estipula la figura de la impugnación por parte de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, cuando en este segundo momento no se incorporen debidamente

37 Decreto Supremo N° 29033, artículo 11. En este mismo artículo se prevé que si no existiese una propuesta de parte de la instancia de representación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas, se llevará a cabo una reunión con la autoridad competente para establecer un programa de forma conjunta.

38 *Ibidem*, artículo 12.

39 *Ibidem*, artículo 13.

los resultados del proceso de consulta y participación, para lo cual la autoridad competente tiene la atribución de iniciar un proceso administrativo contra la empresa encargada del EEIA.

C. Ley del Régimen Electoral

En el marco del intento de configurar un nuevo modelo democrático en Bolivia, desde las bases del mismo texto constitucional se establece la construcción de la denominada "democracia intercultural", la cual se basa en la complementariedad de la democracia directa y participativa, la democracia representativa y la democracia comunitaria⁴⁰.

Cada uno de estos tipos de democracia que se conjugan para conformar la democracia intercultural, posee sus propios mecanismos de operatividad; en este sentido, es la democracia directa y participativa la que contempla como uno de sus mecanismos a la "consulta previa".

La consulta previa es un mecanismo a través del cual, de forma obligatoria con anterioridad, se consulta a la población respecto a la toma de decisiones sobre la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales; sin embargo, las conclusiones, los acuerdos o las decisiones tomadas en el marco de este mecanismo no tienen carácter vinculante, aunque deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda. En este marco, la población involucrada en la consulta deberá participar de forma libre, previa e informada, teniendo en cuenta, a su vez, que en el caso de la participación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios⁴¹.

En materia de consulta previa, también es necesario contemplar a la denominada democracia comunitaria, que implica el autogobierno, la deliberación, la representación cualitativa y el ejercicio de los derechos colectivos, según normas y procedimientos propios de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos⁴².

Esto es importante porque las naciones y los pueblos indígena originario campesinos podrán ejercer sus derechos políticos de acuerdo con sus normas y procedimientos propios y, en ese marco, se establece que este tipo de democracia no requiere de normas escritas para su ejercicio, salvo decisión de las propias naciones o pueblos indígena originario campesinos, lo que

40 Ley N° 026, artículo 1.

41 Cfr. Ley N° 026, artículo 39.

42 Cfr. Ley N° 026, artículo 10.

significa, a su vez, la no exigencia de presentación de normativas, estatutos, compendios de procedimientos o similares⁴³.

D. Ley N° 180 y Ley N° 022 de consulta previa en el TIPNIS

Uno de los hechos que en la actualidad permitió la emergencia pública de la temática de la consulta previa en Bolivia, es la propuesta realizada por el Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado para llevar adelante la construcción de la carretera denominada Villa Tunari-San Ignacio de Moxos y que, por lo tanto, pasa por el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS).

El 24 de octubre de 2011 se promulgó la Ley N° 180 como norma de protección del TIPNIS, en la cual se establecía que la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, como ninguna otra, no atravesaría dicho territorio⁴⁴.

Sin embargo, a raíz de movilizaciones posteriores a la promulgación de la ley que protegía el TIPNIS, en fecha 10 de febrero de 2012, se promulgó la Ley N° 222, cuyo objeto era convocar al proceso de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del TIPNIS, así como establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos⁴⁵. Según esta ley, la finalidad era lograr un acuerdo entre el Estado Plurinacional de Bolivia y los pueblos indígena originario campesinos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, sobre los siguientes asuntos: a) definir si el TIPNIS debe ser zona intangible o no, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas mojeño-trinitario, chimane y yuracaré, así como la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos; y b) establecer las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales respetando la línea demarcatoria del TIPNIS⁴⁶.

A su vez, en el marco de esta norma, se establece que el proceso de consulta deberá contener, al menos, las siguientes etapas⁴⁷:

- Fase 1: Preparación de la consulta.
 - a. Cronograma y protocolo de la consulta.
 - b. Acopio de la información pertinente.
 - c. Notificación previa.

43 Cfr. Ley N° 026, artículo 93.

44 Cfr. Ley N° 180, artículo 3.

45 Cfr. Ley N° 222, artículo 1.

46 Cfr. Ley N° 222, artículo 5.

47 Ley N° 222, artículo 9.

- d. Publicidad de la consulta.
 - e. Provisión de información pertinente.
- Fase 2: Instalación y desarrollo de la consulta.
 - a. Comunicación a los pueblos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré de toda la información necesaria y suficiente, para el desarrollo y cumplimiento de la finalidad de la consulta.
 - b. Consideración y definición sobre si el TIPNIS es zona intangible o no, y sobre la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos.
 - c. Consideración y decisión sobre las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales, respetando la línea demarcatoria, y determinar, si fuera el caso, los mecanismos para mantener la zonificación establecida en el Plan de Manejo del TIPNIS.
 - Fase 3: Resultados de la consulta.
 - a. Suscripción de actas de conclusiones.
 - b. Notificación de las decisiones.

A su vez, la Ley N° 222 establece, por un lado, que los acuerdos logrados en materia legislativa o administrativa serán ejecutados inmediatamente después de la consulta por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el Órgano Ejecutivo⁴⁸ y, por otro lado, que este proceso de consulta duraría un plazo máximo de 120 días desde su promulgación. Sin embargo, mediante la Ley N° 273, de 7 de septiembre de 2012, el plazo de la consulta previa se amplió hasta 301 días⁴⁹.

E. La jurisprudencia boliviana en materia de consulta previa

Dentro de la jurisprudencia nacional en materia de consulta previa, se encuentra una sentencia del Tribunal Constitucional del año 2008⁵⁰, la misma que trata de una no conformidad presentada por la Asamblea del Pueblo Guaraní de Itika Guasu, propietaria de la Tierra Comunitaria de Origen (TCO) Itika Guasu en el departamento de Tarija, en contra de la Secretaría Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija, la misma que firmó un contrato de alquiler con la empresa Petrosur en un campamento que, si bien era de dicha Secretaría, se encontraba en la TCO Itika Guasu.

48 *Ibidem*, artículo 11.

49 Cfr. Ley N° 273, Artículo Único.

50 Lo señalado en esta sección es extraído de Vargas, 2012, 18-20.

Por lo tanto, la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu presentó su no conformidad sustentándose en las leyes N° 1257 y N° 3760, pues consideraban que esta medida – la firma del contrato – afectaba su territorio. A raíz de ello, SEDECA presentó un amparo constitucional en contra de la Asamblea de este pueblo indígena, pues la no conformidad presentada por ésta afectaba las relaciones con la empresa antes citada.

Sin embargo, la sentencia constitucional 2003/2010-R establece que la consulta previa es un deber del Estado en todos sus niveles y, por lo tanto, debe realizarse a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas; asimismo, esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada en los siguientes casos:

- Antes de aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas.
- Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos.
- Antes de emprender cualquier programa de prospección o explotación de recursos naturales que se encuentren en tierras habitadas por los pueblos indígenas.
- Antes de utilizar las tierras o territorios de los pueblos indígenas para actividades militares.

Al mismo tiempo, la sentencia constitucional realiza exhortaciones a tres instancias del Estado:

- Órgano Ejecutivo: a través de los Ministerios correspondientes, deberá cumplir con el informe de la Comisión Interamericana, adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y, a su vez, efectivizar el derecho a la consulta previa.
- Instituto Nacional de Reforma Agraria: culminar con las solicitudes pendientes respecto a las TCO, entre ellas, las solicitudes del pueblo guaraní.
- Tribunal Agrario Nacional: dar prioridad a los procesos en los que estén involucradas las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Según la sentencia constitucional, además del reconocimiento de la necesidad de la consulta previa en casos como éste, conforme a normas nacionales e internacionales, se debe obtener el consentimiento del pueblo indígena en tres situaciones:

- Traslados de tierras que ocupan y la consiguiente reubicación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.
- Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.
- Cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían impacto dentro del territorio indígena, el Estado no tiene únicamente el deber de realizar la consulta, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, a través de sus normas y procedimientos propios.

IV. Perspectivas del ejercicio del derecho a la consulta previa en Bolivia

A. Situaciones sujetas a aplicación de la consulta previa

Conforme a la normativa y la experiencia nacional e internacional revisada, existen casos específicos en los cuales se debe aplicar la consulta previa a las naciones y los pueblos indígena originario campesinos; éstos son⁵¹:

- Cuando el Estado pretenda promulgar medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos.
- En la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regionales que los afecten, con el fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente de dichas actividades.
- Antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en las tierras que habitan.
- Cuando se pretenda vender las tierras donde habitan o transferir el derecho propietario de éstas a personas ajenas.
- Cuando se diseñen programas de formación personal sobre su organización, funcionamiento y pertinencia.
- Antes de tomar medidas para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación, promover la tolerancia y comprensión entre los pueblos indígenas y los demás sectores de la sociedad.
- Antes de tomar medidas para proteger a la niñez indígena contra la explotación económica y toda forma de trabajo peligroso que interfiera con su educación, que perjudique su salud o su desarrollo físico, mental o social.

51 Los casos señalados corresponden a la sistematización realizada en Vargas, 2012, 15-16.

- Antes de adoptar medidas que faciliten la relación y cooperación entre los miembros de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos y otros pueblos.

B. Participantes de la consulta previa

Si bien todo proceso de consulta previa puede incorporar a una serie de participantes, existen tres actores estratégicos⁵² cuyas posiciones pueden converger o no en todo el proceso y, por lo tanto, poseen repertorios de acción e intereses diferenciados en torno a la implementación o no de determinadas políticas públicas; éstos son:

- *Los gobiernos:* en la mayoría de los casos, los gobiernos poseen una postura reticente en torno a la implementación de los procesos de consulta previa, pues ello implica la necesidad de consultar sobre la implementación de sus propias políticas públicas y, por lo tanto, ello implica la delegación de la toma de decisión a otras instancias ajenas al partido de gobierno. Si bien en muchos casos los procesos de consulta previa son realizados, incluso algunos de ellos con éxito, resulta previsible que en caso de posibilidad de elección, todo gobierno preferiría no llevar a cabo ello y, por ende, implementar políticas públicas sin necesidad de consultar a otros actores sobre éstas, o finalmente, y ante la presión mediática o social, llevar a cabo la consulta, pero conociendo de antemano que los resultados no son vinculantes.
- *Las empresas:* sin duda, es posible afirmar que la posición de las empresas es la más clara en torno a esta temática, pues las mismas tienen el único interés de obtener la mayor cantidad de ganancia posible en el menor tiempo a la hora de llevar adelante cualquier proyecto; por lo tanto, si la consulta previa significa, de alguna forma, un retraso en sus actividades o un costo adicional para la implementación de las mismas, dichas entidades prefieren dejar de lado este proceso o, por otro lado, si aceptan, con certeza incorporarán los costos de consulta y negociación con los pueblos indígenas a la estructura de costos del proyecto, elevando el costo final del mismo, como ocurre, por ejemplo, en los proyectos de carreteras adjudicados mediante la modalidad de llave en mano. Por lo tanto, se podría señalar, por un lado, que las empresas se constituyen en uno de los actores no favorables a la implementación de la consulta previa, pues, de una forma u otra, la misma se constituye en condicionante para

⁵² Denominamos actores estratégicos a aquellos actores que por el poder que poseen – sea éste político, económico, cultural, entre otros – son capaces de definir y/o vetar la implementación de determinadas políticas públicas.

el éxito o no de las actividades que puedan realizar en determinados territorios y, por otro lado, que los bienes o servicios a ser provistos se encarecen relativamente cuando de por medio existen territorios y pueblos indígenas que deben ser sujetos de consulta previa y, en algunos casos, compensados económicamente.

- *Las naciones y los pueblos indígena originario campesinos*: la postura de las naciones originarias y los pueblos indígenas también es una de las más claras en torno a la consulta previa y radica en la constante solicitud de respeto a la autodeterminación consagrada a las mismas tanto en normas internacionales como aquéllas de alcance nacional. Por lo tanto, estos sectores de la sociedad interpelan al aparato estatal a través de canales institucionales con el fin de tomar decisiones sobre la posibilidad de implementar o no políticas públicas en los territorios que ocupan, y cuya decisión estará relacionada con el efecto que podrán tener las mismas sobre el desarrollo de sus actividades tradicionales.

Como se puede advertir, existen tres posiciones en torno a la implementación del proceso de consulta previa: una de ellas se arraiga a la naturaleza del poder público y su capacidad para la toma de decisiones; la otra, en el riesgo de la obtención de ganancias en la realización de determinado proyecto y, la tercera está abocada al respeto de la posibilidad de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos a vetar aquellas medidas gubernamentales que puedan alterar el desarrollo normal de sus actividades.

No obstante, es importante resaltar en este punto que el derecho a la consulta previa está establecido por una serie de normas nacionales e internacionales y, por lo tanto, adquiere un carácter de obligatoriedad para los Estados, lo que incluye a las empresas que trabajan con éstos y a las naciones originarias y los pueblos indígenas que habitan los territorios del Estado determinados.

Por lo tanto, la discusión central no radica en la necesidad de implementar o no este proceso, sino en el procedimiento y los efectos de los resultados del mismo, teniendo en cuenta las posiciones de los actores estratégicos en torno a la temática, así como los costos que implica llevar adelante una consulta, desde la preparación, el desarrollo y sus consecuencias en las políticas públicas, costo que puede ser aún mayor si la consulta previa es inocua, siendo sus resultados descartados por el gobierno para la decisión final.

C. Propuesta de conciliación de visiones para una consulta previa efectiva

Sin duda alguna, la conciliación de intereses tan divergentes en torno a una misma materia resulta complicada a la hora de su implementación; sin embargo, es necesario establecer que existen algunos criterios que se podrían seguir para establecer ciertos canales para la consulta previa aplicada en Bolivia:

- Aplicación de la normativa en vigencia.
- Conformación de una institucionalidad ad-hoc⁵³, plural, idónea e independiente, que cuente con capacidades para enfrentar transparentemente procesos de consulta previa.
- Establecimiento de mecanismos de comunicación directa entre naciones y pueblos indígena originario campesinos.
- Construcción de rutas de implementación de los procesos de consulta.
- Identificación de instancias representativas de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos.

Por lo tanto, el cumplimiento de estos criterios sólo dependerá de la forma en la cual se efectivice la implementación de la consulta previa, lo cual podrá ser realizado a través de una norma en la que se establezcan algunos elementos específicos, que se señalan a continuación y se sugieren como una propuesta:

- Requisitos para la implementación de proyectos que pueden afectar a las naciones y los pueblos indígenas originario campesinos.
- Etapas para la implementación de la consulta previa.
- Costeo de la consulta previa y la definición de la fuente y de quiénes pagan esta consulta.
- Sistemas de seguimiento y monitoreo a la implementación de la consulta previa.
- Evaluación del cumplimiento de las etapas establecidas para la consulta previa.
- Resultados de los acuerdos generados entre el Estado, las empresas y las naciones y los pueblos indígena originario campesinos afectados.

En este marco, el éxito del cumplimiento de todos estos elementos requiere del establecimiento de canales permanentes de comunicación y concertación para la implementación de acuerdos y, por lo tanto, de la generación de escenarios de conciliación en los que los Estados establezcan una agenda

⁵³ Esta institucionalidad no necesita ser permanente, pero sí con la facilidad de activarse cuando exista una alta valoración de la material a consultar.

de desarrollo coordinada con las naciones y pueblos indígena originario campesinos en aquellas temáticas que sean de importancia para éstos últimos; a su vez, estos escenarios deberán tomar en cuenta la garantía de seguridad jurídica para aquellas empresas que vayan a generar proyectos en aquellos territorios donde habitan los pueblos indígenas; y, finalmente, éstos últimos deberán ser receptores de mecanismos de reparación justos en aquellos casos donde los proyectos afecten su forma y calidad de vida.

D. Ciclo y costos de la consulta

La consulta previa tiene un ciclo convencional relativamente aceptado, donde se observan tres etapas nítidas⁵⁴: la ex-ante, de preparación; la segunda, de desarrollo de la consulta, y la tercera etapa ex-post, de seguimiento a los resultados de la consulta. La ex-ante contiene las definiciones básicas que el Estado debe asumir y que, de alguna forma, podrían considerarse como la última posibilidad de valorar la realización o no de la consulta, ya que, una vez expresada públicamente, será muy difícil dar marcha atrás⁵⁵.

Entre otros aspectos relevantes, las preguntas más importantes a resolver deberán apuntar a precisar: ¿Para qué y por qué de la consulta? ¿La materia de la consulta es de interés, nacional, regional o local? ¿Cuál el alcance territorial de la materia a consultar? ¿Qué espacios o territorios involucra? ¿Qué actores son afectados de forma directa y cuáles de forma indirecta? ¿A quién se debe consultar? ¿Qué materias, específicamente, son necesarias consultar? ¿Qué reparticiones estatales o institucionalidad idónea e independiente llevarán adelante la consulta? ¿Cuál es el costo de todo el ciclo de la consulta? ¿Qué fuentes financiarán la consulta? ¿La consulta debe ser financiada exclusivamente por el nivel central, regional o local o es posible pensar en una forma compartida de financiamiento? ¿Cuál es el costo actual e intertemporal de incorporar los resultados de la consulta en las políticas, los programas y los proyectos públicos? ¿Qué nueva institucionalidad (entes, mecanismos, instrumentos, sistemas, etc.) deberá conformarse para dar cumplimiento a los resultados de la consulta?

Posteriormente, será necesario identificar responsables, actividades, tiempos y costos del proceso de concertación y negociación que permita un desarrollo acorde a las características e intereses de la consulta.

54 Cruz Rueda, Elisa. "Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano". Revista *Pueblos y Fronteras* Digital. México. UNAM, 2008.

55 Ciclo, en general, incorporado en las tres etapas en la Ley 222 de consulta previa, libre e informada, del 10 de febrero de 2012.

El desarrollo de la consulta es una etapa de ejecución de lo planificado, donde lo importante es cumplir con el diseño, que deberá establecer al menos: ¿Dónde se llevará a cabo la consulta? ¿Cómo se consultará? ¿Qué tiempo durará la consulta? ¿Cuál será el costo del desarrollo de la consulta?

Luego, se halla la etapa de sistematización y divulgación de los resultados, fundamentalmente con el grupo meta consultado, para terminar con quizá la etapa más desafiante del proceso, que consiste en el seguimiento y verificación a los resultados de la consulta y su incidencia en la política gubernamental. Si ella tiene un efecto en la política, se deberá informar de los resultados a los consultados; establecer la conformación de una línea de base, indicadores cuantitativos y cualitativos, seguimiento, evaluación de la incidencia o impacto de la consulta, que permitan medir de forma objetiva los cambios (y costos) esperados a consecuencia de la consulta.

De igual forma, si no tiene efecto en la política gubernamental y los resultados no fueran tomados en cuenta por la autoridad estatal, se deberá informar de los resultados a los consultados.

Esta última etapa supone trabajar con mayor tiempo y recursos en un aspecto, generalmente descuidado en la gestión de las políticas públicas, como lo es el seguimiento y la evaluación. La Figura 1 establece de manera general este ciclo.

Sin embargo, todo este proceso tiene un costo y, al ser un cuasi "servicio" público que el Estado se hace cargo de llevar adelante, debe acogerse a ciertos criterios de economía de la hacienda pública que distingan el uso, el beneficio y el financiamiento de la consulta previa casi como un "bien" público.

Para ello, será necesario determinar con parámetros objetivos y de valoración social y pública si el tema o materia merece un procedimiento de consulta previa, aspecto que no debe sujetarse al grado de presión del grupo interesado o los mecanismos mediáticos de la comunicación, sino al establecimiento de criterios de alcance espacial, incidencia en los sistemas económicos y sociales, beneficios actuales y posteriores para la nación Estado, la región, la localidad y, fundamentalmente, para el grupo humano consultado. Las preguntas naturales que surgen son: ¿Quién debe pagar el derecho y costo de la consulta? ¿Cuáles son los límites en términos financieros para realizar una consulta? ¿Vale la pena financiar una consulta cuando ésta no es vinculante e, inclusive, en algunos casos, de característica no previa? ¿Hasta dónde un derecho constitucional puede generar una obligación estatal que debe ser financiado por el conjunto de la población? ¿Cuál el límite de la solidaridad,

para justificar la erogación de recursos públicos que cubran el costo de la consulta?

Figura 1. El ciclo de la consulta



Fuente: Cruz Rueda, Elisa. "Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano". Revista *Pueblos y Fronteras* Digital. México: UNAM, 2008 con adaptaciones propias.

Una vez determinados estos elementos básicos, se deberá identificar quién asume la carga financiera, o qué nivel de gobierno o sector de la población debe pagar por un mecanismo que, posiblemente, sea sólo de interés local y no involucre aspectos de interés nacional. Muchos casos, por el grado de movilización social de ciertos grupos corporativos, logran de manera poco ortodoxa insertar un tema local en la agenda nacional.

No obstante, aquí lo central es definir quién financia el desarrollo de la consulta previa, sabiendo que ésta, en la legislación boliviana, no es vinculante; es decir, los resultados que arroje la consulta no obligan a las autoridades a implementar estos acuerdos. Existe, además, un alto costo alternativo, más aún para un país en desarrollo donde las áreas alternativas de requerimiento de inversión son muchas de realizar consultas que podrían ser muy caras dependiendo del "tamaño", lugar o espacios territoriales colectivos y grupo

humano sujeto a la consulta⁵⁶, y que, por otra parte, no cuenta con ninguna garantía de que los costos incurridos en estas modalidades de democracia directa vayan a tener efectos o impactos en las decisiones estatales y, lo más importante, en mejores condiciones de vida para la población. ¿Cómo conciliar los intereses de la población consultada versus la población no consultada? La figura 2 señala algunas de las interrogantes más importantes para definir los costos de la consulta previa.

Figura 2. Costos subyacentes a la consulta previa

Costos ex-ante Definición de Estado y diseño

- ¿Para qué y por qué de la consulta? ¿La materia de la consulta es de interés nacional, regional y local? ¿Cuál es el alcance especial de la materia a consultar? ¿Qué actores involucra? ¿A quién consultar? ¿Qué materias son necesarias consultar? ¿Qué reparticiones estatales llevan adelante la consulta? ¿Cuánto cuesta la consulta? ¿Qué fuentes financian la consulta? ¿La consulta debe ser financiada por el nivel central, regional o local?

Costos durante Desarrollo de la consulta

- ¿Dónde se consulta? ¿Cómo se consulta? ¿Durante qué tiempo se consulta? ¿Cuál es el costo del desarrollo de la consulta?

Costos ex-post Seguimiento y verificación de cumplimiento de resultados

- Si tiene un efecto en la política: información de los resultados a los consultados. Línea de base, indicadores cuantitativos y cualitativos, seguimiento, evaluación de la incidencia o impacto de la consulta. Nueva institucionalidad que debe crearse para dar cumplimiento a los resultados.
- Si no tiene efecto en la política: información de los resultados a los consultados.

Fuente: Elaboración propia

⁵⁶ Cuentas, Mirna. "El derecho a la consulta previa en Bolivia". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal Número 14, Año 3, septiembre de 2010.

La misión y la obligación del "servicio público" llevan a diferenciar su financiamiento y su utilización (beneficio). Éstas no se encuentran necesariamente sujetas al criterio de rentabilidad y su sistema de financiamiento se apoya, en parte, sobre un principio de financiamiento público fundado en la idea de solidaridad, la consolidación del vínculo social y la cohesión.

Sin embargo, en muchos países, los servicios públicos son globalmente financiados por los impuestos, mientras que otros servicios (industriales y comerciales) están sometidos a la noción de precio; no obstante, este hecho no está necesariamente calculado en la lógica de mercado y puede estar acompañado de un financiamiento parcial o puntual por parte de las autoridades públicas, de subvenciones cruzadas entre actividades, entre categorías de usuarios, entre territorios, entre generaciones, o tomar la forma de impuestos (que suponen un servicio prestado al usuario, pero sin relación directa con la cantidad consumida).

En todo caso, la gratuidad nunca fue consagrada formalmente como principio del "servicio público" y menos en el caso de una consulta previa por los costos monetarios y no monetarios que ella supone. Unos principios apropiados de financiamiento deben asegurar cubrir el costo de las necesidades y los derechos de la población, ya que, finalmente, más allá de la modalidad directa o indirecta de contribución, los servicios públicos tienen un costo y alguien debe pagar por ellos, en lo posible, de la forma más justa.

V. Conclusiones: desafíos de la aplicación de la consulta previa en Bolivia

Como se pudo advertir a lo largo de este documento, la temática de la consulta previa adquiere connotaciones de especial importancia en aquellos países donde la población perteneciente a los pueblos indígenas es considerable y, por lo tanto, se ha generado toda una jurisprudencia normativa desde organismos internacionales que, de una manera u otra, instan a los Estados a implementar procesos de consulta previa para la implementación de medidas que puedan afectar a estos pueblos indígenas.

En el caso de Bolivia, la normativa existente también contempla este derecho de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos a ser consultados sobre acciones que podrían afectarles; sin embargo, se identifican algunas posibles contradicciones que deberán ser resueltas lo antes posible; por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos establece que los resultados de la consulta deberán ser respetados; a su vez, la Constitución Política del Estado dispone como un derecho de las naciones y los pueblos

indígena originario campesinos "ser consultados mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se busca el respeto y garantía del derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan"⁵⁷.

Sin embargo, en la Ley del Régimen Electoral se define que los resultados de la consulta no son vinculantes, pero sí deben ser tomados en cuenta. Por lo tanto, otro de los desafíos de la consulta previa en el país está en aclarar el marco normativo en el que se asienta la consulta previa, en especial, la obligatoriedad de su cumplimiento por parte del Estado.

A raíz de ello, creemos conveniente plantearnos algunos interrogantes como elementos conclusivos de este documento, no con el fin de acabar el debate en torno a la temática de la consulta previa, sino de incorporar sobre la mesa del debate algunas consideraciones necesarias teniendo como objetivo implementar estos procesos de la forma más beneficiosa para el país en su conjunto. Así, las preguntas que planteamos son:

- ¿Por qué sólo los pueblos indígenas son quienes deben ser consultados en torno a medidas que puede afectarles y no así el resto de la población de un país que también puede verse afectada por estas medidas?
- ¿Quién determina qué materias y pueblos deben ser consultados? ¿Cuáles son los parámetros para determinar qué es de interés nacional y qué tiene sólo alcance local?
- ¿Qué sentido tiene gastar recursos públicos en procesos de consulta previa si los resultados de éstos no generan obligatoriedad en los Estados y, por lo tanto, los gobiernos de éstos tienen discrecionalidad en la toma de decisión final sobre los proyectos a ser implementados?
- ¿Quién asume la responsabilidad pública de no atender los resultados de una consulta previa y de cubrir los costos incurridos de una consulta desarrollada sin ninguna consecuencia?
- Si la consulta es un derecho de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, ¿por qué no se cumple el mismo a cabalidad con el fin de afectar lo menos posible a estos grupos poblacionales?
- ¿Es justo que toda una nación pague el costo de la consulta previa, que sólo tiene afectación limitada a un espacio o una jurisdicción territorial específico?

⁵⁷ CPE, artículo 30/15.

- ¿Hasta qué punto justifica realizar una consulta previa costosa, en recursos, tiempo y conflictividad, si la misma no tiene impacto asegurado en la decisión final de las autoridades estatales y/o en las políticas públicas?

Sin duda, estos interrogantes no agotan los temas pendientes en torno a la consulta previa y su aplicación en Bolivia; sin embargo, intentan constituirse en elementos de debate a la hora de la discusión sobre la forma de implementación de la misma, pues ello es uno de los desafíos principales a hora de complementar las diferentes posturas y formas de democracia y desarrollo que intentan ser implementadas hoy en nuestro país, y que de alguna forma supone mayores responsabilidades y costos estatales que deben también ser valorados adecuadamente para su atención.

Bibliografía

Bolivia. *Ley N° 3058, Ley de Hidrocarburos*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2005.

Bolivia. *Decreto Supremo N° 29033, Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2005.

Cruz Rueda, Elisa. "Mecanismos de consulta en el marco de la Declaración 169 OIT: Caso mexicano". Revista *Pueblos y Fronteras Digital*. México: 2008.

Cuentas, Mirna. "El derecho a la consulta previa en Bolivia". Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF) Número 14, Año 3. Washington: 2010.

Estado Plurinacional de Bolivia. *Constitución Política del Estado*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2009.

Bolivia. *Ley N° 026, Ley del Régimen Electoral*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2010.

Bolivia. *Ley N° 180, Ley de Protección del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS)*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2011.

Bolivia. *Ley N° 222, Ley de consulta a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS)*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2012.

Morris, Meghan; César Rodríguez Garavito; Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá. *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Programa de Justicia Global y Derechos Humanos, 2009.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. 1989.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. 2007.

Vargas, Moira. *Consulta previa, libre e informada*. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung/Fundación Construir. 2012.