

Boris Wilson Arias López (Bolivia)*

Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano

RESUMEN

La Constitución del año 2009 reconoce una variedad de derechos indígenas sustentados en la pluralidad y el pluralismo, entre ellos el derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco del denominado diálogo intercultural. Sin embargo, todavía falta concretar las promesas de una Constitución que no fue consultada a los indígenas en el procedimiento legislativo, que puedan llevar en el futuro al reconocimiento y la efectivización del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

Palabras clave: derecho originario campesino, Constitución Política; consulta y consentimiento previo, libre e informado; control constitucional; Perú; Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassung des Jahres 2009 erkennt eine Reihe auf der Grundlage von Pluralität und Pluralismus beruhender indigener Rechte an, darunter das Recht auf vorherige, freie und informierte Anhörung im Rahmen des sogenannten interkulturellen Dialogs. Bisher steht jedoch weiterhin die Umsetzung des Versprechens einer Verfassung aus, die der indigenen Bevölkerung im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht zur Anhörung vorgelegt wurde, welches aber den Weg zur künftigen Anerkennung und Umsetzung des Rechts auf vorherige, freie und informierte Zustimmung ebnen würde.

Schlagwörter: Ursprüngliches Campesino-Recht; Staatsverfassung; vorherige, freie und informierte Anhörung und Zustimmung; Verfassungskontrolle; Peru; Bolivien.

* Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente universitario de pregrado y posgrado. Doctorando en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. <borisito5@hotmail.com>

ABSTRACT

The Constitution of 2009 recognizes a variety of rights for indigenous people, based on plurality and pluralism, and one of them is the right to prior, free and informed consultation to be carried out within the framework of the so-called intercultural dialogue. However, the Constitution itself was not the object of a consultation with the native people during its process of creation, and the promises contained in it are still awaiting implementation in order to lead to the effective recognition of the right to prior, free and informed consultation.

Keywords: native peasant law; political Constitution; prior, free and informed consultation and consent; constitutional control; judicial review; Peru; Bolivia.

1. Configuración de la consulta previa, libre e informada en la Constitución de 2009

En Bolivia los derechos colectivos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*¹ —o, a efectos del presente trabajo, simplemente *indígenas*— son en general consecuencia directa del reconocimiento a la dignidad del ser humano que involucra el derecho a ser diferente o distinto, incluso a las mayorías poblacionales del país² —derecho a la identidad cultural y, en el caso de pueblos indígenas, a la identidad étnica—,³ lo que se traduce en el mero reconocimiento por el Estado boliviano de la “pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrado del país”,⁴ aspectos que se constituyen en una garantía a favor de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros grupos sociales.

Por otra parte, por la deuda histórica y la situación de vulnerabilidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que pueden, según el caso, no solo constituirse en una minoría poblacional (cuantitativa) sino cultural (cualitativa), en el marco constitucional boliviano se constituyen en “sujetos colectivos de protección especial reforzada”, no solo por la cantidad de veces que el texto constitucional refiere la palabra *indígena* en diferentes contextos,⁵ sino por la amplitud de la regulación con la que cuentan en materia territorial al reconocérseles autonomía, por la enumeración abierta y flexible de sus

¹ A partir del artículo 1, literal *b*, del Convenio 169 de la OIT que establece su alcance (“a los pueblos en países independientes considerados indígenas [...] cualquiera que sea su situación jurídica”), se tiene que la denominación de los pueblos indígenas y tribales puede variar de Estado a Estado; así la Constitución boliviana refiere en casi todo su texto a las “naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

² La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su preámbulo refiere al derecho “a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”.

³ En el expediente 0006-2008-P1/TC el Tribunal Constitucional peruano sostuvo: “[...] el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural [...]”.

⁴ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 1.

⁵ La Constitución Política del Estado de Bolivia al menos hace referencia 130 veces a la palabra *indígena*.

derechos⁶ y, en general, por el reconocimiento de “libre determinación en el marco de la unidad del Estado”,⁷ que se constituye en el reconocimiento de su preexistencia al Estado boliviano.⁸

En este contexto, la garantía de la consulta previa, libre e informada emerge sobre los siguientes fundamentos jurídicos y políticos constitucionales:

El artículo 30, numeral 15, de la Constitución boliviana propugna como derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos el “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”, y reconoce varias veces en diferentes contextos “la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye [...] la consulta previa e informada”,⁹ y que la “explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada [...] En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”,¹⁰ lo que, relacionado con el reconocimiento ya referido de la pluralidad étnica en Bolivia, permite se constituya en un derecho frente a las mayorías incluso indígenas que busca evitar toda política o medida asimilacionista (que propenda a su aniquilación) o integracionista (que implique la pérdida de costumbres, idioma, valores, etc.) con el propósito de evitar el denominado *etnocidio*.

El texto constitucional boliviano reconoce que los tratados de derechos humanos “integran” el bloque de constitucionalidad, y que dicha integración puede ser:

- *Normativa*,¹¹ es decir, que dichos tratados integran materialmente el texto constitucional¹² y se convierten en parámetro de control de constitucionalidad, de donde se tiene que la consulta previa, libre e informada se sustenta, además del texto constitucional, en el Convenio 169 de la OIT,¹³ cuyo artículo 6, numeral 1, inciso *a*, establece la obligación del Estado boliviano de “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...”,¹⁴ y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,¹⁵ cuyo artículo 18 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos

⁶ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 32.

⁷ *Ibidem*, artículo 2.

⁸ La Sala Constitucional Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica, en su voto 1786-93, sostuvo que los derechos indígenas son anteriores a la propia Constitución.

⁹ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 403, párrafo 1.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 352.

¹¹ Cf. *ibidem*, artículo 352, párrafo II.

¹² El artículo 13-II de la Constitución boliviana sostiene: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”, similar al artículo 35 de la Constitución Política del Estado, a partir del cual el Tribunal Constitucional entendió, en la SC 1662/2003-R, que los derechos humanos se integraban al texto constitucional.

¹³ Aprobado por ley 1257, del 11 de julio de 1991.

¹⁴ Concordante con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁵ Aprobado por ley 3760, del 7 de noviembre de 2007.

por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”¹⁶

- *Interpretativa*, referida a que los tratados de derechos humanos deben utilizarse para determinar interpretativamente el contenido de las normas formales de la Constitución,¹⁷ además del deber de utilizar la jurisprudencia y la doctrina internacional autorizada a dicho efecto.¹⁸ La consulta previa, libre e informada encuentra sustento, entre otros, en la observación general 23 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1994, la recomendación general 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 1997, que llamó a los Estados a garantizar a los pueblos indígenas “que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”,¹⁹ y en el fallo del caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, donde se sostuvo que los Estados debían garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas:

[...] en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo [...] se debe consultar [...] de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso.²⁰

Dentro de lo que la Constitución llama “directa y participativa”²¹ se constituye en un mecanismo de participación específico para pueblos indígenas,²² vinculado, de acuerdo a sus características especiales, a otros derechos, como el derecho al acceso a la información pública o el derecho a la petición, cuya finalidad básica consiste en el resguardo de la integridad étnica (creencias, instituciones, territorios, idioma y todo otro elemento que permita mantener su cohesión social), los derechos colectivos indígenas,²³ promover el diálogo intercultural,²⁴ prevenir conflictos sociales y de esta forma otorgar seguridad a las inversiones que puedan efectuarse en los territorios indígenas.

¹⁶ Concordante con los artículos 19, 28, 30, 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁷ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículos 13-IV y 256.

¹⁸ Bolivia, Tribunal Constitucional, sentencia 110/2010-R.

¹⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: *Observación general 23, relativa a los pueblos indígenas*, CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, 1997.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, n.º 172.

²¹ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 11, párrafo II, numeral 1.

²² La Ley del Régimen Electoral (n.º 026, de 30 de junio de 2010), en su artículo 4, inciso 1, sostiene: “El ejercicio de los derechos políticos en el marco de la democracia intercultural y con equivalencia de condiciones entre mujeres y hombres, comprende: [...] El ejercicio de consulta previa, libre e informada por parte de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

²³ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 30, párrafo II.

²⁴ Cf. ibídem, artículo 11, numeral 2.

Asimismo, la consulta previa, libre e informada es una figura inherente a la *autonomía indígena*²⁵ entendida como una garantía institucional para tomar decisiones sin injerencia foránea en el ámbito reconocido por la Constitución, que a su vez implica el desarrollo de la *libre determinación* referida por el artículo de 2 la Constitución y que debe entenderse como la suma de facultades y competencias que la Constitución —en definitiva, el bloque de constitucionalidad— y las leyes marco reconocen a las naciones y pueblos indígena originario campesinos en Bolivia.

2. Diferencia entre la participación *latu sensu*, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado

A partir del texto constitucional, los tratados de derechos humanos, la doctrina y jurisprudencia internacional debe diferenciarse entre el derecho a la participación *latu sensu*, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

El *derecho a la participación latu sensu*, referido a todos los/as ciudadanos/as, las entidades autónomas y a la población en general —por ejemplo, en materia medioambiental—²⁶ se distingue del derecho a la consulta previa, libre e informada en que solo atinge a las colectividades indígenas, por sus especiales y particulares características culturales y en definitiva étnicas. Es decir, existe una relación entre género —derecho a participar *latu sensu*— y especie —derecho a la consulta previa libre e informada—.

En cambio, por el derecho al *consentimiento previo, libre e informado*, el Estado “no solo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena en caso de políticas, planes, programas o medidas, sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), *no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos*”²⁷; aspecto requerido ante:

- El traslado de un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales. Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados [...]”²⁸
- El almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas obliga a los Estados adoptar “medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”²⁹.

²⁵ Cf. *ibidem*, artículo 289.

²⁶ Cf. *ibidem*, artículo 343.

²⁷ Raquel Yrigoyen Fajardo: “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en dolegalnexo.com.ar/files/Yrigoyen%20de%20la%20tutela%20index.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

²⁸ Naciones Unidas, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 10 y concordante con el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

²⁹ *Ibidem*, artículo 29-2.

- La implementación de *planes de desarrollo o de inversión a gran escala* en territorios indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam* sostuvo: “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.³⁰

En cambio cuando la materia únicamente está resguardada por el derecho a la consulta previa, libre e informada, agotada la consulta de buena fe y siempre y cuando exista de por medio un interés superior al principio de diversidad étnica y cultural³¹ —aspecto que debe estar debidamente fundamentado y puede controlarse por el órgano judicial—, los Estados pueden llevar adelante las medidas en razón a que el derecho a la consulta previa, libre e informada no es equivalente a un derecho a veto —como la mayoría de los derechos, no es absoluto—. Sin embargo, en todo caso, “la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”³² reconociéndose en todo caso una apropiada indemnización³³ y participación en las ganancias de la medida finalmente impuesta.

3. Características de la consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada en Bolivia es un derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que se traduce en una obligación del Estado y que presenta las siguientes características:

Se constituye en un *derecho de carácter constitucional y a la vez en un derecho humano* que resguarda el resto de los derechos indígenas, por lo que en su aplicación se debe considerar el artículo 11, numeral 2, de la Constitución, que establece como uno de los fines del Estado el de “garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e *igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades*, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe”.

Tiene *carácter instrumental* con relación al resto de los derechos reconocidos a las colectividades indígenas en la medida en que asegura su eficacia, además de permitir que las naciones y pueblos indígena originario campesinos puedan controlar su forma de vida, determinar sus prioridades, mejorar sus condiciones de vida y resguardar su integridad cultural y más precisamente étnica, entre otros —no es una formalidad considerada como un fin en sí misma—, por lo que, al decir de Raquel Yrigoyen, se debe perder de vista su objeto, es decir:

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*.

³¹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-811/04.

³² Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-039/97.

³³ Cf. OIT, Convenio 169, artículo 16, numeral 4.

No solo velar por los aspectos procesales (la verificación de la realización o no de la consulta) sino también la verificación de su objetivo sustantivo (si los planes consultados, por ejemplo, tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, o si respetan sus prioridades de desarrollo, etc.).³⁴

En el marco del artículo 109-1 de la Constitución, que dispone que “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”, la consulta previa, libre e informada goza de una *presunción de operatividad*, por lo que no requiere de reglamentación previa para su exigibilidad, tal como lo manifestó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-891 de 2002.

Es plenamente *justiciable mediante la interposición de la acción de amparo constitucional* cuando dicho derecho se afecta por actos u omisiones ilegales o indebidas, conforme sucedió en la sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 2003/2010-R, por la acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta cuando refiere a actos normativos, e incluso mediante la acción popular cuando se afecten derechos colectivos o difusos, pero en todo caso deben considerarse en la admisión y tramitación las particularidades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de forma que no se requieren abogados y se tiende a la flexibilización de requisitos.

En cuanto al procedimiento de la consulta, conforme el artículo 6, numeral 1, literal *a*, del Convenio 169 de la OIT esta debe efectuarse “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”,³⁵ es decir, debe caracterizarse por su *flexibilidad* en razón de la diversidad de naciones y pueblos indígena originario campesinos que existen en Bolivia,³⁶ lo que impide contar con un procedimiento uniforme. Asimismo, la consulta debe efectuarse en los territorios indígenas con la participación de todos los actores involucrados con poder de decisión (indígenas, el Estado, municipios, empresas privadas, etc.) y “deberá estar precedid[a] de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”.³⁷

La consulta debe efectuarse de *buena fe*; es decir, debe llevarse a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”,³⁸ de forma que “si no se llega al consentimiento, existe una fuerte presunción de que el proyecto no debería realizarse”.³⁹ En este sentido, las partes deben estar dispuestas a ceder en sus posiciones y cumplir los acuerdos a los cuales se haya arribado. Para ello la consulta debe ser:

- *Previa*, es decir, anterior al debate de la medida, de forma que permita la efectiva participación indígena —lo contrario provocaría que fuera meramente

³⁴ Yrigoyen Fajardo: o. cit.

³⁵ Concordante con el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁶ Piénsese por ejemplo que el artículo 5 de la Constitución boliviana reconoce 36 idiomas cooficiales conjuntamente con el castellano.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

³⁸ OIT, Convenio 169, artículo 6, numeral 2, concordante con el artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁹ Patricia Urteaga Crovetto: “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú”, ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdro40/od40-patricia.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

informativa—. Por esta razón debe efectuarse con la suficiente antelación de acuerdo a la complejidad de la medida, el asesoramiento adecuado que requieran los pueblos indígenas, la obtención de información suficiente y considerando los tiempos que cada comunidad indígena requiere. Cuando el proyecto es de largo alcance debe consultarse periódicamente e incluso de forma permanente, máxime cuando es posible que las condiciones iniciales hayan variado, aspecto que puede suceder, por ejemplo, con la explotación petrolera.

- *Libre*, es decir “*debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación*”⁴⁰ y “*evitar toda táctica de ‘dividir para conquistar’, amenazas o de represalias implícitas si la decisión final es un ‘no’*”,⁴¹ por lo tanto, resulta inaceptable toda intervención en la organización interna de las comunidades.
- *Informada*, que implica se brinde a los pueblos indígena originario campesinos información completa y en su idioma de las medidas propuestas y las consecuencias de su implementación, y estos pueden pedir complementación o aclaraciones.

4. Configuración básica de la consulta previa en Perú y Colombia

La Constitución peruana de 1993 “reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”⁴² y “respeto la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. El Tribunal Constitucional entiende que existe un derecho a la identidad étnica y cultural que surge del reconocimiento a la “tolerancia a la diversidad”⁴³ y la diferencia, “el derecho a la identidad étnica [...] [como] una especie del derecho a la identidad cultural”.⁴⁴

Por otra parte, el Tribunal Constitucional peruano le reconoce al Convenio 169 de la OIT rango constitucional⁴⁵ y sostiene que la consulta previa se aplica únicamente cuando la medida afecte “directamente” a los pueblos indígenas,⁴⁶ aunque aclara que “en abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida ‘afecta’ directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.⁴⁷ Así por ejemplo:

[...] cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no solo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de exploración, sino que *también involucra a las comunidades colindantes*, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.⁴⁸

⁴⁰ OIT, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, 2009, p. 63.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Perú, Constitución, artículo 2, numeral 19.

⁴³ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 3343-2007-PA/TC.

⁴⁴ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0006-2008-PI/TC.

⁴⁵ Cf. Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0025-2005-PI/TC.

⁴⁶ Cf. Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0027-2009-PI/TC.

⁴⁷ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0025-2009-PI/TC.

⁴⁸ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 6316-2008-PA/TC.

El Tribunal Constitucional peruano sostuvo que las posiciones iusfundamentales que rigen el derecho a la consulta previa, libre e informada son:

(a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.⁴⁹

La Constitución colombiana de 1991 reconoce ampliamente las particularidades indígenas al prever dos senadores indígenas,⁵⁰ entidades territoriales indígenas⁵¹ a las que reconoce jurisdicción⁵² y, en definitiva, derecho a la “integridad cultural, social y económica”.⁵³ En este contexto normativo tan amplio, la Corte Constitucional sostuvo que los pueblos indígenas “pueden hablar por sí mismos [...], tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y [...] su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”.⁵⁴ Al respecto distinguió dos tipos de participación:⁵⁵ uno general, que corresponde a todos los colombianos, incluidas las colectividades indígenas mediante iniciativa legislativa, referéndum, etc., y otro particular, traducido fundamentalmente en la consulta previa, que se instituye como una “garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”.⁵⁶ Esta alcanza a las medidas que las puedan afectar *directamente*,⁵⁷ garantía que además incluye a las comunidades negras en la medida en que se adecuen al concepto de *tribales* contenido en el Convenio 169 de la OIT.⁵⁸

En su sentencia SU-039/97, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que la consulta previa, libre e informada busca:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia

⁴⁹ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0022-2009-PI/TC.

⁵⁰ Cf. Colombia, Constitución, artículo 171.

⁵¹ Cf. Colombia, Constitución, artículo 329.

⁵² Cf. Colombia, Constitución, artículo 246.

⁵³ Colombia, Constitución, artículo 330.

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003.

⁵⁵ Cf. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-175/09.

⁵⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-418 de 2002.

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-027/11.

⁵⁸ Cf. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-955/03.

como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

5. Luces y sombras en la configuración de la consulta previa, libre e informada en Bolivia

En 1990 la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) efectuó la denominada *Marcha por el territorio y la dignidad*, desde la ciudad de Trinidad hasta la ciudad de La Paz, solicitando el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas. Ese movimiento provocó la ratificación, en 1991, del Convenio 169 de la OIT, normativa que influyó notablemente en la reforma constitucional de 1994, la cual reconoció al Estado boliviano como “multiétnico” y “pluricultural”⁵⁹ y reconoció además a las autoridades indígenas, sus formas de organización y su administración de justicia.⁶⁰

La consulta previa resulta exigible desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991, y la ratificación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mediante ley n.º 3760, del 7 de noviembre de 2007. Dichas normas se desarrollaron en la Ley de Hidrocarburos, que sostiene que la consulta:

[...] Se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo... La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas. En todos los casos, la Consulta se realizará en dos momentos:

- a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y,
- b) Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental [...].⁶¹

Por su parte, la Ley del Régimen Electoral incongruentemente sostiene:

⁵⁹ Bolivia, Constitución Política del Estado abrogada, 1967, artículo 1.

⁶⁰ Cf. Boris Wilson Arias López: *Teoría constitucional y nueva Constitución Política del Estado*, San José: El Original, 2010.

⁶¹ Bolivia, Ley de Hidrocarburos (n.º 3058), de 17 de mayo de 2005, artículo 115, concordante con los artículos 116-121, 127-137 desarrollados por el decreto supremo 29033, de 16 de febrero de 2007, concordante con el Código de Minería (ley n.º 1777), de 17 de marzo de 1997, en su artículo 15.

La Consulta Previa es un mecanismo constitucional de democracia directa y participativa, convocada por el Estado Plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales. La población involucrada participará de forma libre, previa e informada.

En el caso de la participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.

Las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa *no tienen carácter vinculante*, pero deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda⁶² -aspecto último que notoriamente contraría la finalidad y esencia del derecho a la consulta previa, libre e informada-.

La Constitución del año 2009, *que no fue consultada*, establece diferentes mecanismos específicos de participación de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos en el manejo del Estado; por ejemplo, mediante la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinas definidas por ley, en las cuales “no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica”.⁶³ Esas circunscripciones aseguran la presencia de indígena originario campesinos en la Asamblea Legislativa Plurinacional⁶⁴ o la presencia de al menos dos magistrados indígena originario campesinos en el Tribunal Constitucional Plurinacional,⁶⁵ figuras que, si bien concretan la representación indígena en instituciones decisionales, no pueden sustituir a la consulta previa, libre e informado en razón de que:

- No puede exigirse lealtad incondicionada a los magistrados indígenas, pues estos, por la naturaleza de la función que desarrollan, deben conducirse con independencia e imparcialidad.
- Los diputados elegidos en circunscripción especial indígena originario campesina pueden ser parte de partidos políticos que no necesariamente reflejen los intereses indígenas.

En materia jurisprudencial se tiene que el Tribunal Constitucional boliviano, en la sentencia constitucional 0045/2006, referida a una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Hidrocarburos, determinó que el Convenio 169 de la OIT integraba el denominado *bloque de constitucionalidad*, lo que significaba un gran avance. Sin embargo, declaró inconstitucional el artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos, en la frase “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, sosteniendo que los hidrocarburos son del Estado, por lo que la consulta de ninguna manera podía impedir su explotación. Al respecto el Tribunal sostuvo:

⁶² Bolivia, Ley del Régimen Electoral, artículo 39.

⁶³ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 147, párrafo III.

⁶⁴ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 146, párrafo VII.

⁶⁵ El artículo 13, numeral 2, de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional sostiene: “Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal”.

En conclusión, lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de estos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado, sino que más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado; por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción; y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.⁶⁶

Dicho fallo prácticamente negó la existencia del derecho al consentimiento previo, libre e informado contenido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este caso refiere a situaciones extremas de traslado de grupos indígenas fuera de sus territorios, el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en tierras indígenas, la implementación de *planes de desarrollo o de inversión a gran escala* en territorios indígenas, las actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas con impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

Posteriormente se emitió la sentencia constitucional 2003/2010-R correspondiente a un amparo constitucional, en la que se sostiene como *obiter dictum* la existencia del derecho al consentimiento previo, libre e informado. Pese a denegarse la tutela, se dispuso:

[...] EXHORTAR a los órganos del poder público e instituciones estatales al cumplimiento de las normas internacionales y constitucionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas, específicamente:

a. Al Órgano Ejecutivo, a través de los Ministerios correspondientes, de manera coordinada a cumplir con el Informe de la Comisión Interamericana antes referido, adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en especial, del pueblo Guaraní. Así mismo, a través de los mecanismos pertinentes, efectivizar el derecho a la consulta de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de conformidad a los fundamentos de esta Sentencia”.

Por otra parte, ni la Constitución ni los reglamentos de debates de las cámaras de Diputados y Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional prevén la consulta previa en el procedimiento legislativo, aunque “en el caso de la promulgación de leyes, la consulta previa debe darse antes y durante el proceso de presentación de proyectos y debate legislativo

⁶⁶ Bolivia, Tribunal Constitucional, sentencia constitucional 0045/2006.

en el seno de la Asamblea Nacional; esto incluye además la fase de sanción u objeción, en razón de que el Ejecutivo es colegislador”.⁶⁷ Para la Corte Constitucional de Colombia este “es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”.⁶⁸

Probablemente uno de los más graves conflictos recientes que muestra Bolivia en cuanto a la falta de consulta previa, libre e informada ha sido la construcción del tramo II de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, adjudicada por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) a la empresa brasileña OAS por un monto de 415 millones de dólares financiados por el Brasil a través del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), ubicado entre los departamentos de Beni y Cochabamba, que posee doble categoría de protección: desde 1965 como parque nacional y desde la *Marcha por el territorio y la dignidad*, en 1990, como territorio indígena en el cual habitan los pueblos moxeño, yuracaré y chimane en 64 comunidades con una población aproximada de 6000 personas.

La determinación de la construcción de la carretera se efectuó sin consulta previa, libre e informada y provocó una marcha indígena que alegaba fundamentalmente esa falta de consulta, la afectación ecológica del lugar,⁶⁹ que se facilitaría el ingreso de las empresas madereras y de colonizadores autoidentificados como *pueblos interculturales*.⁷⁰ El gobierno, que alegaba intereses nacionales de integración, negoció con los disidentes indígenas, propuso efectuar la consulta con todo el país e intervino la marcha, para luego recién frenar el proyecto ante las protestas sociales.

6. Conclusiones

La Constitución boliviana también contiene una Constitución *cultural* y más precisamente *étnica*, considerada al momento de hacer referencia a las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, que garantiza a los individuos y a las colectividades el goce de su cultura,⁷¹ la cual incluye lengua, vestimenta, cosmovisión, costumbres, etc. Esa Cons-

⁶⁷ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo*, Consejo de Derechos Humanos, Adición Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Brasil, A/HRC/12/34/add.2, 26 de agosto de 2009, citado en “Consulta previa en el Ecuador”, en <www.cdesobserva.8xdi.com/.472-analisis-de-la-consulta-previa-libre-e-informada.html> (visitado el 10 de agosto de 2011).

⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-175/09.

⁶⁹ Comprende alrededor del 40% del patrimonio biológico de Bolivia, 1700 especies de vertebrados que corresponden a casi el 50% del total del país. Citado en “El TIPNIS y la conflictividad”, en *Diariocrítico Bolivia*, <www.diariocritico.com/bolivia/2011/.analisis-tipnis-unirprint.html> (visitado el 2 de agosto de 2011).

⁷⁰ El TIPNIS nació con una extensión de 1.225.347 hectáreas que actualmente se redujeron a 1.091.656. *Ibidem*.

⁷¹ La sentencia constitucional 1091/2010-R del Tribunal Constitucional boliviano refirió al derecho a la cultura, y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso *Yanomami contra Brasil* refirió al derecho a disfrutar de la propia cultura.

titución convierte al Estado en garante de la diversidad étnica y cultural, en cuyo marco la consulta previa, libre e informada llega a constituirse en un fin del Estado en la medida en que garantiza el “diálogo [...] intercultural y plurilingüe”⁷² de naciones y pueblos iguales en dignidad y merecedores del mismo respeto.

Si bien el reconocimiento de derechos colectivos a las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la Constitución y los tratados de derechos humanos los convierte en *sujetos colectivos de derecho*, en Bolivia todavía no se ha implementado el derecho al consentimiento previo, libre e informado, y en la realidad continúa la llamada *brecha de implementación*.⁷³ Esta refiere a la distancia entre la teoría contenida en dichas normas y su efectivización mediante medios reales de garantía —relación entre el deber ser y el ser—, lo que permite que muchas veces incluso las propias acciones constitucionales se utilicen para cercenar los derechos de estas naciones y pueblos,⁷⁴ se invoquen derechos de las mayorías para menoscabarlos, e incluso se niegue la vinculatoriedad de los acuerdos celebrados.⁷⁵

Bibliografía

- ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson: *Teoría constitucional y nueva Constitución Política del Estado*, San José: El Original, 2010.
- Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009.
- NACIONES UNIDAS: Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por ley n.º 3760, del 7 de noviembre de 2007.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: *Observación general relativa a los pueblos indígenas*, n.º 23, CERD/c/51/Misc. 13/Rev.4, 1997.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Convenio 169*, aprobado en Bolivia por ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia: “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú”, en ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr040/od40-patricia.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en dolegalnexo.com.ar/files/Yrigoyen%20de%20la%20tutela%20index.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

⁷² Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 11, numeral 2.

⁷³ Rodolfo Stavenhagen: “Los pueblos indígenas y sus derechos”, citado en redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/598/59811148012.pdf (visitado el 10 de agosto de 2011).

⁷⁴ Cf. Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional Cuarta, voto 2017-93.

⁷⁵ Cf. Bolivia, Ley del Régimen Electoral, artículo 39.