

DERECHO DE CONSULTA PREVIA Y CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO



**CUADERNOS DE
DISCUSIÓN: N° 1**

**APORTES A LA DISCUSIÓN SOBRE EL EJERCICIO
DE ESE DERECHO EN EL MARCO DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y EL
CONVENIO 169 DE LA O.I.T.**



COLECTIVO DE COORDINACIÓN DE ACCIONES SOCIO AMBIENTALES ORURO - BOLIVIA

RESPONSABLES DE LA PRESENTE EDICIÓN:

- José Luis Rodríguez Alanes
- Emilio Madrid Lara

COMITÉ DE REDACCIÓN:

- Felipe Coronado Pando
- Elizabeth López Canelas
- Silvana Lafuente Tito
- Angela Cuenca Sempertegui
- Emilio Madrid Lara
- José Luis Rodríguez Alanes

CONTACTOS:

Email: colectivocasa@gmail.com;

Teléfonos: (591) 2-5274919 – (591) 2-5251406

- OCTUBRE 2009 -

ESTA PUBLICACIÓN FUE POSIBLE GRACIAS AL APOYO



GLOBAL
GREENGRANTS
FUND
www.greengrants.org

CONTENIDO

I. CONSULTA PREVIA, UNA ALTERNATIVA PARA DESMONTAR EL COLONIALISMO DE ESTADO

II. DERECHO DE CONSULTA PREVIA PARTE DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA Y POR TANTO DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO

III. POR UN PROYECTO DE LEY DE REGLAMENTO CONCERTADO DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS COMUNIDADES CAMPESINAS.

- Distorsión de la Consulta Previa desde el Estado
- Reglamentos sectoriales o una Ley marco de Reglamento de Consulta.

IV. LA FINALIDAD DE LA CONSULTA PREVIA

V. APORTES A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS Y COMUNIDADES CAMPESINAS PARA ACTIVIDADES MINERAS.

1. La finalidad del proceso de consulta.
2. Obligatoriedad del Estado de realizar el proceso de Consulta.
3. Las partes de la consulta.
4. Autoridad Competente del Proceso de Consulta.
5. Resultados del proceso de consulta.
6. Etapas de la consulta.

PRESENTACIÓN

El Colectivo de Coordinación de Acciones Socio Ambientales (COLECTIVO CASA), pone a consideración de las organizaciones de los pueblos originarios y comunidades campesinas, así como de los activistas e instituciones defensoras de los derechos de los pueblos y de la Madre Tierra, el presente Cuaderno de Discusión N° 1, sobre Derecho de Consulta Previa y Consentimiento Libre e Informado.

El contenido de este cuaderno, se motiva en el interés por participar del proceso de debate y elaboración del ***Proyecto de Reglamento de Consulta y Participación de Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas para Actividades Mineras*** propuesto, desde el año 2007, por las organizaciones matrices como el CONAMAQ, CSUTCB, CIDOB, CSMIOC-BS y CSCIB. En las siguientes páginas se presenta, de forma sintética, los temas de preocupación y debate al interior de nuestra organización, en torno a la Consulta Previa, enriquecidos durante la interrelación y acompañamiento de la lucha de las comunidades afectadas por impactos de la industria extractiva.

El tratamiento de este tema, se lo realiza desde la preocupación cotidiana de disponer de medios e instrumentos para la acción en defensa de los derechos de los pueblos y en pos de una Justicia Ambiental.

La discusión nos ha permitido entender que, hay dos posibilidades de comprender el derecho de Consulta Previa. Una como mecanismo formal facilitador de la negociación entre empresas y comunidades (opción de autoridades y empresas) y otra como mecanismo para la defensa de los derechos y de resistencia a los planes de saqueo y destrucción ecológica de las transnacionales. Es desde esa segunda opción que se ha hecho la discusión que ahora presentamos en este Cuaderno.

Finalmente expresamos un agradecimiento profundo a las y los innumerables compañeras y compañeros de las comunidades, con quienes hemos transitado este accidentado camino de lucha defendiendo el derecho a la vida. Todo cuanto hemos aprendido a su lado nos permitió enriquecer nuestras reflexiones, este primer Cuaderno de Discusión no habría sido posible sin sus enseñanzas.

I. CONSULTA PREVIA, UNA ALTERNATIVA PARA DESMONTAR EL COLONIALISMO DE ESTADO

La toma de decisiones sobre políticas de desarrollo, en particular cuando se tratan del uso de recursos naturales presentes en territorios de pueblos indígenas, se han basado en la exclusión y la imposición a esos pueblos por parte de los Estados. En esa lógica, herencia y persistencia de los modelos coloniales de dominación, el diálogo y la consulta con los pueblos indígenas no tenían lugar.

Ha sido la resistencia activa de los pueblos, la defensa de su cultura, tierra y territorios que obligó a un cambio de ese enfoque. Fruto de esa tenaz acción, en 1989 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobó el “Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes”, como un instrumento internacional para promover la realización de derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas y tribales, así como para proporcionarles un mecanismo de participación en los procesos de desarrollo nacional de sus países¹.

La importancia de ese convenio es, su propósito de remplazar la lógica colonial de la imposición por un nuevo enfoque que promueva la participación, consulta, diálogo y concertación entre los Estados y los pueblos indígenas, de manera previa a la toma de decisiones.

Cumplidos veinte años del convenio 169, se constata que, a pesar de su enorme contribución al reconocimiento de los derechos de los pueblos, su aplicación y el ejercicio de la consulta previa aun no se cumplen en la mayoría de los países que albergan a los pueblos indígenas. A veinte años de su aprobación, la mentalidad colonial de exclusión e imposición continúa siendo el soporte de las políticas de Estado en su relación con los pueblos indígenas.

En Bolivia, el Convenio 169 fue ratificado por Ley de la República N°1257 de 11 de julio de 1991. Pero no se aplicó sino hasta el año 2007, y solo en el área de hidrocarburos cuando entró en vigencia el Reglamento de Consulta para ese sector². Actualmente, salvo hidrocarburos, el resto de las normativas sectoriales relacionadas con el uso de los recursos naturales, continúan implementándose al margen del Convenio 169 y del derecho a la consulta.

La nueva Constitución Política del Estado, promulgada en febrero del 2009, incorpora los preceptos del Convenio 169 del derecho de consulta previa³, insertándolos como parte de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, así también en el capítulo referente a medio ambiente y recursos naturales, en esos dos últimos temas el derecho de consulta es ampliado al resto de la población no indígena.

II. DERECHO DE CONSULTA PREVIA PARTE DEL BLOQUE CONSTITUCIONAL EN LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA Y POR TANTO DE CUMPLIMIENTO OBLIGATORIO

Si Bolivia ratificó el Convenio 169 en julio de 1991 ¿Por qué durante todos estos años los gobiernos no lo cumplieron?



El principal pretexto usado fue “la falta de reglamentación”. Es usual aún, escuchar a los funcionarios decir, “el derecho de consulta no se puede aplicar porque no existe un Reglamento que señale sus formas y procedimientos”. Ese argumento, desconoce la posición del Convenio 169 en el ordenamiento legal nacional, que la sitúa en el bloque constitucional. Ese carácter “Supralegal” del Convenio 169, fue confirmado el 2 de junio de 2006 por la Sentencia Constitucional 45/06 que dice:

“...Es necesario establecer que el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257, de 11 de Julio de 1991, forma parte del bloque constitucional boliviano, porque además de ser un Convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respecto de los derechos fundamentales de las personas,...por ello los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT deben ser considerados como una norma integrante del bloque de constitucionalidad, en cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, siendo por ello un parámetro para verificar la constitucionalidad o no de una ley...”⁴

Lo anterior significa que las normas establecidas en el Convenio 169 de la OIT, son normas de Derechos Humanos; entendido así son de aplicación directa sin la necesidad de reglamento alguno por el carácter esencial que suponen estos derechos. Se puede concluir entonces que el Estado Boliviano desde 1991 hasta nuestros días, en especial en el sector minero, viene incumpliendo una obligación Supralegal y vulnerando un derecho reconocido.

Peor aún, desde la promulgación de la nueva Constitución Política, es más injustificable alegar que no hay reglamento, como se mencionó líneas previas, la consulta previa se introdujo como un derecho fundamental en la carta magna y el Art. 109 de la actual constitución establece con claridad:

“Artículo 109.

I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.”

III. POR UN PROYECTO DE LEY DE REGLAMENTO CONCERTADO DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS COMUNIDADES CAMPESINAS.

En la medida que la “Falta de Reglamento” ha servido como justificación para soslayar en realidad la falta de voluntad política de los gobiernos de cumplir con el derecho de Consulta Previa, las organizaciones matrices nacionales de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas desde el 2007 vienen discutiendo y elaborando un “Proyecto de Reglamento de Consulta y Participación de Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas Para Actividades Mineras”

Esta iniciativa, se basa en una experiencia exitosa previa que fue el concertar, proponer y lograr la aprobación del Reglamento de Consulta y Participación de las Actividades de Hidrocarburos en febrero de 2007.

Sin embargo a diferencia del proceso de Hidrocarburos, en el sector minero esta iniciativa tropieza con la dificultad del peso político y social de los actores mineros quienes hasta ahora son reacios a implementar cambios del marco normativo del sector.

- Intentos de distorsión de la Consulta Previa desde el Estado

Si bien ejercer el derecho de Consulta Previa, como se demostró líneas arriba, no debiera depender de la existencia de un Reglamento, contar con este permitiría ante todo forzar a un cambio de voluntad política de las autoridades de Estado para su cumplimiento, además del “perfeccionamiento” jurídico para su ejercicio evitando interpretaciones y aplicaciones distorsionadas por parte de las autoridades.

Un intento de aplicación distorsionada se ha dado en el caso de Amayapampa, en el Norte del departamento de Potosí en julio del 2009. Allí, el Ministerio de Minería y Metalurgia del actual gobierno, en respuesta a la demanda de los Ayllus originarios de realizar Consulta Previa, antes del ingreso e inicio de la explotación de oro por una transnacional canadiense, trató de imponer un proceso denominado “**Consulta en tiempos de democracia**”⁵, que consistía en la aplicación de cuestionarios con preguntas sobre los beneficios de la explotación minera. El proceso que fue rechazado por los ayllus y comunidades, generó momentos tensos de conflicto⁶.

Otra forma de tergiversar el derecho de Consulta Previa, es el confundirlo con la denominada “Consulta Pública” establecido en la Ley de Medio Ambiente y sus reglamentos⁷; ese mecanismo consiste en la realización de reuniones informativas por parte del operador minero a la población afectada. Siendo que su desarrollo está a cargo del operador, termina convirtiéndose en mecanismo de cooptación y división.

Por todo lo anterior es primordial concretar el esfuerzo iniciado por las organizaciones indígenas y campesinas el 2007 llegando a concertar un Proyecto de Reglamento que se ajuste a los principios del convenio 169.

- Reglamentos sectoriales o una Ley marco de Reglamento de Consulta

El derecho de Consulta establecido por el Convenio 169 de la OIT, no se restringe solo a situaciones de explotación de recursos naturales en sus territorios, sino como menciona su Artículo 6, plantea su aplicación por los gobiernos *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (a los pueblos)”*.⁸

Medidas como el ordenamiento territorial, políticas educativas, la declaratoria de reservas fiscales entre varios, son susceptibles de afectar el interés de los pueblos indígenas. El avanzar en reglamentos sectoriales posponiendo un marco legal general, puede significar contrariamente postergar el ejercicio de ese derecho, es decir, en una forma hipotética, si mañana una comunidad pidiera ser consultada sobre la aplicación de un Plan de Cuencas en su territorio, las autoridades podrían responderles, “no se puede porque solo hay Reglamento de consulta en Hidrocarburos y Minería”.

Por otro lado, la sectorialización de los reglamentos de consulta podría dar lugar a una dispersión y fragmentación de principios, procedimientos y formas en su aplicación.

Por último, es importante recordar, que el Derecho a la Consulta Previa y Obligatoria, es considerado en la nueva CPE como un mecanismo democrático de participación directa (Art. 11-II-1 CPE), entendiéndose de ésta manera la necesidad de contar con una ley, que prevea el mecanismo de consulta como sistema de gobierno, además como derecho humano colectivo.



Es comprensible, que debido a la agresividad que revisten las operaciones extractivas mineras tanto al medio ambiente como a los derechos de las comunidades, resulta urgente contar con una reglamentación como instrumento para el ejercicio de este derecho. Empero se debe estar consciente de sus limitaciones en tanto no se disponga de un marco legal general.

IV. LA FINALIDAD DE LA CONSULTA: ACUERDO Y CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO

Existe un debate sobre la finalidad y alcance del derecho de consulta. Desde la postura de sectores empresariales e incluso autoridades de Estado se reprocha a los pueblos indígenas tergiversar y exagerar el propósito de la consulta, al entenderlo como una especie de “autorización social” o “derecho de veto” para impedir las operaciones extractivas. Para estos sectores la consulta debiera ser sobre todo un mecanismo para acordar la indemnización o compensación a los pueblos indígenas y facilitar las operaciones extractivas. Esa forma de entender el derecho de consulta también es otra tergiversación y una reducción intencionada de su alcance. Al respecto el numeral 2. del Artículo 6, del Convenio 169, señala:



*“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse 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.”
(Subrayado nuestro)*

Queda claro que la consulta es ante todo un medio para llegar a un resultado o fin, el cual es “el acuerdo o el consentimiento” de los pueblos indígenas sobre las medidas propuestas por el Estado y que afectan sus intereses.

En ese sentido, la discusión sobre si la consulta es o no una especie de “autorización social” queda fuera de lugar, pues la facultad de autorizar o denegar un proyecto extractivo es competencia exclusiva del Estado. El asunto central del proceso de consulta es lograr el acuerdo o consentimiento, de forma libre, voluntaria y sin que medie presión sobre la afectación de sus intereses que puede conllevar la autorización por el Estado de un proyecto extractivo en sus territorios.

Es necesario puntualizar que, el carácter voluntario y libre del acuerdo o consentimiento a lograr, supone también la libertad de disentir, por cuanto si el proceso de consulta estuviera condicionado solo a discutir los términos de indemnización o compensación, dejando fuera de la discusión las posibilidades y alternativas para evitar se genere las afectaciones a sus intereses, en realidad se trataría de un proceso forzado con una sola salida el de aceptar si o si se afecten sus intereses y por tanto se trance su reparación. No se estaría cumpliendo el principio de la buena Fe del Estado al hacer la consulta y se trataría en el fondo de un mecanismo camuflado de imposición y no un mecanismo de diálogo y participación.

V. APORTES A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE REGLAMENTO DE CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE PUEBLOS INDÍGENAS ORIGINARIOS Y COMUNIDADES CAMPESINAS PARA ACTIVIDADES MINERAS.

Reiterando, la comprensión de la urgencia de un Reglamento de Consulta en el sector minero, a continuación planteamos las reflexiones surgidas en el COLECTIVO CASA, en pos de aportar a la discusión y elaboración emprendida por las organizaciones matrices. No obstante ratificamos nuestra opinión de la importancia de avanzar en concertar un Proyecto de Ley de Reglamentación aplicable de forma general en todos los sectores.



- 1. La finalidad del proceso de consulta.** El Proyecto no tiene explicitado la finalidad del proceso de consulta, es decir el ¿para que se realiza la consulta? Dicha finalidad, se encuentra establecida en el Art. 6 del Convenio 169 de la OIT. Consideramos importante incorporar un artículo específico que establezca como fin del proceso de consulta el llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las afecciones a los intereses de los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas, de manera previa a la Autorización por parte del Estado de actividades mineras.
- 2. Obligatoriedad del Estado de realizar el proceso de Consulta.** Dentro del Capítulo referido a los principios que rigen el proceso de consulta, en el proyecto, es necesario incorporar el carácter de la obligatoriedad de este proceso, el cual recae en el Estado. Obligatoriedad que es irrenunciable e intransferible a terceros.
- 3. Las partes de la consulta.** Creemos necesario incorporar un artículo donde se identifique de manera clara cuales son las partes que intervienen en el proceso de consulta. Estas solo son dos, el Estado a través de sus instancias respectivas y los pueblos Indígenas Originarios junto a las comunidades campesinas. Esta identificación y definición de las partes permitiría excluir cualquier ambigüedad que pueda llevar a pretender reclamar considerarse como parte interviniente a las empresas mineras, quienes solo se asumen como terceros interesados.
- 4. Autoridad Competente del Proceso de Consulta.** El actual Proyecto de Reglamento, define como Autoridad Competente de la consulta al Ministerio de Minería. Este planteamiento viene siendo cuestionado por algunos sectores, que consideran que el Ministerio estaría figurando como juez y parte en el proceso. Al margen de esa cuestión, creemos que se debe reconocer que la competencia para la conducción de los procesos de consulta debe estar en

correspondencia con la responsabilidad administrativa en la aprobación final de autorización de la actividad minera. De manera concreta, la identificación y valoración de las posibles afecciones a los intereses de los pueblos y comunidades indígenas, han de ser, principalmente, parte de las evaluaciones ambientales que se realicen. La aprobación final de dichas evaluaciones corresponde al Ministerio de Medio Ambiente y Agua mediante su instancia correspondiente, en ese sentido, el Ministerio de Medio Ambiente, es la instancia llamada a ser Autoridad Competente del Proceso de Consulta, porque en el recae la obligación de controlar si los resultados del proceso de consulta están plenamente incorporados en las medidas aprobadas de cada Licencia Ambiental. En ese sentido también considerar las instancias ambientales departamentales, quienes aprueban las Licencias Ambientales de exploración y las AMIACs, por tanto debieran ser las Autoridades Competentes de Consulta en el ámbito departamental.

De manera general el criterio debiera ser que la Autoridad Competente del Proceso de Consulta debe ser necesariamente el órgano estatal que va emitir la resolución administrativa o legislativa, que afecta los intereses de los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas.

5. **Resultados del proceso de consulta.** Al ser el fin del proceso lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos interesados, la culminación del proceso debe comprender el tipo de resultado logrado que puede ser: 1) Consentimiento pleno, 2) Acuerdo parcial y 3) No consentimiento. No se puede suponer solo un resultado único de un proceso.
6. **Etapas de la consulta.** Dentro de las fases que se plantea en el proyecto, nos parece conveniente establecer una fase inicial de información, que no debe limitarse sólo a la entrega de documentación, también debiera comprender la ampliación y profundización de la información disponible en particular sobre la magnitud de las afectaciones. Debiera posibilitarse la realización de estudios a solicitud de los pueblos interesados que profundicen sobre los impactos y afecciones percibidos.

Las anteriores propuestas de complementación al Proyecto de Reglamento en discusión están fundadas en el compromiso con la defensa de los derechos de las comunidades y de la Madre Tierra.

NOTAS

¹ . Al respecto ver los Artículos 2 y 7 del Convenio 169 de la O.I.T.

² Decreto Supremo Nº 29033 “Reglamento de Consulta Y Participación Para Actividades Hidrocarburíferas” Promulgada por el Presidente Evo Morales Ayma de 16 de febrero de 2007.

³ Al respecto ver los Artículos: 30.I; 15, 343 y 352 de la Constitución Política del Estado en vigencia.

⁴ SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 0045/2006. Expediente: 2005-12440-25-RDI, Sucre, 2 de junio de 2006.

⁵ La Dirección de Consulta Pública y Medio Ambiente del Ministerio de Minería y Metalurgia, elaboró un Cuestionario de seis preguntas cerradas, donde se pedía marcar con una cruz las opciones Sí – No de cada una de las preguntas formuladas. El formulario se denominaba “Consulta Publica en Tiempos de Democracia”

⁶ Ver: “Tensión en mina Amayapampa, ayllus cortan el suministro de agua y hacen detonar dinamita” Red ERBOL 22 de Julio de 2009.

⁷ Ver: Artículo 162 del Reglamento de Prevención y Control Ambiental de la Ley N° 1333 de Medio Ambiente

⁸ **ARTÍCULO 6.** 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; CONVENIO 169 O.I.T.