

# **CONSULTA PREVIA ES CONSENTIMIENTO LIBRE**

## **DERECHO RECONOCIDO COMO FORMA DE AUTODETERMINACIÓN**

### **DE LOS PUEBLOS EN EL ESTADO PLURINACIONAL**



**CUADERNOS DE  
DISCUSIÓN: N° 2**

**APORTES AL DEBATE SOBRE EL EJERCICIO DEL  
DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, EN EL MARCO DE LA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y LOS  
CONVENIOS INTERNACIONALES**

**Abril de 2010**



**COLECTIVO DE COORDINACIÓN DE ACCIONES SOCIO AMBIENTALES  
ORURO - BOLIVIA**

**RESPONSABLES DE LA PRESENTE EDICIÓN:**

- José Luis Rodríguez Alanez
- 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](mailto:colectivocasa@gmail.com);  
Teléfonos: (591) 2 - 5251406  
Calle Washington Nº 1658 Bolívar y Sucre  
Oruro - Bolivia

**- ABRIL DE 2010 -**

**ESTA PUBLICACIÓN FUE POSIBLE GRACIAS AL APOYO**



## **CONTENIDO**

### **PRESENTACION**

- I. CONSULTA PREVIA, SU INCURSIÓN COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN BOLIVIA.**
- II. LA CONSULTA PREVIA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CUMPLIMIENTO ES OBLIGATORIO.**
- III. DOS MOMENTOS EN EL DEBATE: MECANISMO INFORMATIVO VS INSTRUMENTO DE AUTODETERMINACIÓN.**
  - **Primer momento: Consulta previa meramente informativa y de conciliación.**
  - **Segundo momento: Consulta previa como instrumento de autodeterminación de los pueblos según el nuevo orden jurídico constitucional**
- IV. LA FINALIDAD DE LA CONSULTA: EL CONSENTIMIENTO LIBRE**
- V. APORTES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA**

---

## PRESENTACIÓN

El Colectivo de Coordinación de Acciones Socio Ambientales (COLECTIVO CASA), pone a consideración de las organizaciones de los Pueblos Indígena originarios y comunidades campesinas, así como de los activistas e instituciones defensoras de los derechos colectivos y ambientales, el presente Cuaderno de Discusión N° 2, sobre Consulta Previa es Consentimiento Libre.

El contenido de este cuaderno, es un aporte más a la discusión del Derecho a la Consulta en Bolivia, motivado por el nuevo enfoque conceptual jurídico que le brinda el nuevo texto constitucional a éste derecho, que se incorpora como una forma de ejercicio democrático directo y participativo, trasluciendo una forma de decisión en el nuevo Estado Plurinacional; en las siguientes páginas se presenta, de forma sintética, los temas de postura y preocupación que se debiera debatir en el interior de nuestras organizaciones por lo importante del tema, además, por la coyuntura de la reingeniería jurídica en que esta sumido nuestro país.

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 información por parte de las empresas a las comunidades (intermedio autoridad estatal) y otra como mecanismo de toma de decisiones democráticas para la defensa de los derechos y la autodeterminación de los pueblos a afectarse por la política extractivista que marca la línea de conducción del Estado; poniendo nuestra comprensión por la última, justificado por el razonamiento de discusión que hemos seguido.

Asimismo, a lo largo del texto se toca el tema minero por la urgencia de implementación de mecanismos de consulta, que hasta el presente no se lo hace, seguramente por falta de decisión política de las autoridades gubernamentales; agravando de este modo un derecho colectivo reconocido por instrumentos internacionales y la norma constitucional.

## I. CONSULTA PREVIA, SU INCURSIÓN COMO DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN BOLIVIA

En Bolivia, el derecho de Consulta Previa a los pueblos originarios se ha reconocido desde el 11 de julio de 1991 mediante Ley de la República N°1257 que ratifica el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.). Hasta antes de esta norma, ese derecho no existía en la legislación boliviana, pues la derogada Constitución Política de 1967, ni sus posteriores modificaciones, no mencionaban en absoluto el derecho de consulta previa.



Pese a su incorporación desde 1991 en la legislación, nunca se aplicó hasta el año 2007, cuando se aprobó la Ley de hidrocarburos que incorporaba el derecho de consulta dentro de los procedimientos administrativos del área de hidrocarburos<sup>1</sup>. 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; siendo las alusiones a ese derecho simples alegorías jurídicas.

La nueva Constitución Política del Estado, promulgada en febrero del 2009, incorpora los preceptos del Convenio 169 del derecho de consulta previa<sup>2</sup>, 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.

Los diversos casos en tribunales internacionales 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 y que han ratificado el Convenio. A veinte años de su aprobación, la mentalidad colonial de exclusión e imposición continúa siendo el soporte de las políticas de los Estado en su relación con los pueblos indígenas, como es caso de Bolivia.

## II. LA CONSULTA PREVIA ES UN DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CUMPLIMIENTO ES OBLIGATORIO

La ausencia de Reglamentos, fue el principal justificativo esgrimido desde el Estado para no realizar la Consulta Previa según el Convenio 169. Ese argumento, es rebatible por las siguientes cuestiones legales que desglosamos:

A) Como advertimos, en el cuaderno de discusión N° 1, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia N° 45/06 de 2 de junio de 2006 dejó establecido que el Convenio N° 169 de la OIT ratificado por Bolivia, forma parte del bloque constitucional boliviano. Es de carácter “Supralegal” por constituir un convenio en materia de Derechos Humanos de cumplimiento obligatorio.

Este carácter, es ratificado en la actual Constitución promulgada el año 2009, en el artículo 410-II, donde señala que los instrumentos internacionales sobre derecho humanos son parte del bloque de constitucionalidad, lo que le brinda primacía frente al resto de las leyes.

B) Entendido así, el derecho de consulta descrito tanto en el Convenio 169 y la nueva Constitución, consagra un derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades campesinas, por tanto su protección y garantía es obligatoria por parte del Estado.

La misma norma constitucional en su artículo 109-I señala: “*Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.*” Lo que indica que todos los derechos reconocidos por la Constitución, como es el Derecho a la Consulta, son directamente aplicables, lo que quiere decir que no debiera necesitar de otros mecanismos o reglamentos para su ejercicio. Entonces el argumento de que para el cumplimiento del Derecho de Consulta hacia los pueblos indígenas se necesita un reglamento, no tiene asidero legal para su justificación.

### III. DOS MOMENTOS EN EL DEBATE: MECANISMO INFORMATIVO VS. INSTRUMENTO DE AUTODETERMINACIÓN

Para entender al derecho de Consulta y su nueva situación jurídica, es necesario hablar de dos etapas, el primero, desde la ratificación del Estado del Convenio 169 de la OIT en el año 1991 hasta la promulgación del nuevo texto Constitucional en febrero de 2009; y el segundo, que corre a partir de dicha promulgación hasta el presente.

#### - Primer momento: Consulta previa meramente informativa y de conciliación

Luego de la ratificación del Convenio 169 de la OIT en 1991 por Bolivia, debía proseguir la tarea de aplicación de ese derecho, en las diferentes decisiones asumidas por el Estado, sin embargo aquello sólo fue un enunciado jurídico sin aplicación.

Está práctica de insertar al derecho a la consulta y no aplicarlo se replicó con la Ley No. 1777, Código de Minería, que en su artículo 15 hace alusión al Convenio 169, sin que hasta el presente se haya hecho tangible los derechos de ese instrumento internacional.

El año 2005 el parlamento aprueba la Ley No. 3058 de Hidrocarburos, la primera norma en el que se incorpora un título referido a los derechos de los pueblos campesinos, indígenas y originarios, donde se encuentran el cumplimiento del derecho a la consulta, compensaciones e indemnizaciones, protección a los sitios sagrados y culturales, además de las servidumbres. El



avance de la aplicación del derecho a la consulta es efectivo el año 2007 al dictarse el D.S. 29033 que reglamenta la consulta y participación en actividades hidrocarburíferas.

Sin embargo, el alcance de la aplicación del derecho de Consulta Previa, ha de ser restringida a la realización de un acto informativo y de conciliación de intereses. Esto por efecto de la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 2 de junio de 2006, anteriormente citada, que si bien establece el rango del Convenio 169 en el bloque constitucional también a la vez delimita su alcance y aplicación:



*“...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 explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción...”*

*“...al establecer que dicha consulta tiene por objeto, además de determinar la afectación a los intereses de los pueblos indígenas o campesinos, lograr su consentimiento, se margina de lo dispuesto por el bloque de constitucionalidad, pues como ya fue analizado, el referido art. 15.2 del Convenio 169 de la OIT, no tiene ese objeto...dicha obligatoriedad debe ser entendida en el sentido de que la consulta es un deber ineludible del Estado; por ello la frase que dispone: “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, resulta inconstitucional, y así debe ser declarada”*

Esta sentencia constitucional es importante por cuanto, en primer lugar dedica un análisis interpretativo del Convenio 169 de la OIT, asumiendo que dicho instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad, resume la obligatoriedad de la consulta, empero, al delinear el objeto mismo del derecho de consulta la refleja como un espacio de consulta para determinar sólo la cuantificación del daño a sus intereses, sin ningún valor vinculante respecto al consentimiento o la opinión de los pueblos y comunidades afectadas por el proyecto entrante.

De ahí que declara inconstitucional o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios del art. 115 de la Ley de Hidrocarburos, declaración discordante con lo señalado en el artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT que dice: “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 a cerca de las medidas propuestas.” (subrayado nuestro)

En resumen, el objeto de la consulta delineado por la sentencia constitucional se equipara a un acto de consulta a los pueblos indígenas y comunidades campesinas para cuantificar la afectación de sus

intereses previendo la indemnización por la explotación, como un receptor de información sin ningún tipo de decisión o autodeterminación en el territorio que ocupan.

Fruto de esta interpretación y también por el desconocimiento de sus principales elementos y características hubo aplicaciones distorsionadas, lo cual 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”**<sup>3</sup>, 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 conflicto<sup>4</sup>.

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 reglamentos<sup>5</sup>; 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.

### **Segundo momento: Consulta previa como instrumento de autodeterminación de los pueblos, según el nuevo orden jurídico constitucional.**

El enfoque brindado al Derecho de Consulta antes de la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado, fue una forma de limitar los efectos y la finalidad del derecho, empero el estado boliviano por Ley No. 3760 de 7 de noviembre de 2007 ratifica la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derechos de los Pueblos Indígenas, dando nuevamente la fuerza requerida para el ejercicio del Derechos a la Consulta.

Sin embargo, la promulgación de la Constitución Política del Estado el 7 de febrero de 2009 ha cambiado el enfoque jurídico que se le había otorgado al Derecho a la Consulta hasta entonces, pues como se verá líneas adelante el objeto y la finalidad del derecho ha cambiado.

En lo extenso del texto constitucional se va ratificando a la Consulta como un derecho de los pueblos indígenas originario campesino, incluso este derecho se hace extensivo a toda la población que vea afectado la calidad del medio ambiente, ratificándose de éste modo a la Consulta como un derecho, en tal sentido la Constitución señala los siguientes artículos:

*“Artículo 30 (...)II. 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 consulta previa y obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en territorio que habitan.(...)”*



**“Artículo 343.-** *La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente”*

**“Artículo 352.-** *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.”*

Lo que marca la diferencia del anterior régimen constitucional normativo esta inmiscuido en el Capítulo Tercero de Sistema de Gobierno de la Constitución Política del Estado, que en su artículo 11 indica:

*“I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.*

*II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por ley:*

*1. **Directa y Participativa**, por medio del referendo, la iniciativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y **la consulta previa**. Las Asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley. (...)*



Se advierte que la Constitución Política no sólo toma a la Consulta como un derecho de los pueblos indígena originarios y comunidades campesinas, sino como forma de ejercicio democrático directo y participativo, debiendo entenderse al ejercicio democrático como un *Sistema de participación de los ciudadanos en la elección de gobernantes y/o en la adopción de decisiones, basado en la igualdad de aquellos.* (Jorge Asbun, 2006), o sea que la consulta por ser una

forma de participativa directa en el Estado Plurinacional esta directamente relacionada con la toma de decisiones, que es lógico en cuanto la autodeterminación que tiene los pueblos indígenas y además reconocido por el Art. 30-II.4 de la norma suprema.

Por tanto no puede entenderse al derecho de consulta sino como una forma de decisión democrática que tiene impregnado el derecho de consentimiento, positivo o negativo, en la postura a asumirse.

#### IV. LA FINALIDAD DE LA CONSULTA: EL CONSENTIMIENTO LIBRE

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 de 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.

Por lo analizado anteriormente, la finalidad de la consulta debe entenderse como un mecanismo de ejercicio democrático de decisión para lograr el consentimiento de un pueblo indígena originario campesino, respecto a aquellos actos que puedan afectar o menoscabar su entorno social, económico, político, cultural y ambiental.

Concepto ratificado por el Art. 32.2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas que dice: *“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos 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 explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”* (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 la 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; empero, pese la decisión definitiva que vaya tomar el Estado deberá hacerlo en el marco del respeto de los derechos adquiridos en la Constitución Política del Estado y los instrumentos Internacionales.

## V. APORTES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA CONSULTA EN EL SECTOR MINERO Y ACTIVIDADES EXTRACTIVAS.

Proponemos los siguientes puntos para la discusión y el debate, dentro nuestras organizaciones, invitando a las bases como afectados directos, de los proyectos mineros sea el caso, para que puedan coadyuvar con su sabiduría y experiencia en la reconfiguración normativa del país:

1. **Necesidad de una Ley Marco de Consulta.** Consideramos importante la creación de una Ley marco de Consulta de los Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas, en lugar de reglamentos sectoriales que pueden limitar y generar mecanismos discordantes con el derecho de Consulta Previa.
2. **Obligatoriedad del Estado de realizar el proceso de Consulta.** Que el Estado cree un mecanismo inmediato para realizar la consulta, hasta la creación de una Ley Marco de Consulta; respetando de este modo un derecho que hasta el momento se agravia y que su obligatoriedad es irrenunciable e intransferible a terceros.
3. **Finalidad de la Consulta como un mecanismo de decisión para lograr el consentimiento,** es necesario demarcar el objeto y finalidad de la consulta, pero teniendo siempre en cuenta que la consulta esta ligada a la decisión y al derecho de consentimiento.
4. **Resultados del proceso de consulta.** Al ser el fin del proceso lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos interesados, que deben ser vinculantes conforme a las decisiones asumidas en el proceso.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Al respecto ver los Artículos: 30.I; 15, 343 y 352 de la Constitución Política del Estado en vigencia.

<sup>3</sup> 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”

<sup>4</sup> Ver: “Tensión en mina Amayapampa, ayllus cortan el suministro de agua y hacen detonar dinamita” Red ERBOL 22 de Julio de 2009.

<sup>5</sup> Ver: Artículo 162 del Reglamento de Prevención y Control Ambiental de la Ley Nº 1333 de Medio Ambiente