

Una luz al final del túnel...

Avance en la jurisprudencia en Bolivia respecto al derecho de consulta y consentimiento previo a las naciones y pueblos indígenas.

Por Miguel Vargas Delgado (*)

El proceso de estigmatización, a la que están siendo sometidas las comunidades indígenas originarias y campesinas, en el camino de reivindicar y ejercer sus derechos, es un fenómeno desarrollado desde las más altas instancias del Estado. Situación que ya en los hechos se ha reflejado en el accionar de la actual administración de gobierno, en cuanto el cumplimiento de la consulta previa y el consentimiento previo libre e informado, lo que en palabras simples puede resumirse como una piedra en el zapato, y por tanto se ha marcado una posición casi institucionalizada respecto al desarrollo de estos procesos; llegando incluso a definir el ejercicio de este derecho como un mecanismo de "chantaje, condicionamiento o extorsión al Estado o las empresas" (Erbol, 27/04/11).

Esta situación repercute en otras esferas del Estado, como la Asamblea Legislativa Plurinacional, instancia que en su afán de otorgar legalidad a la decisión asumida por el gobierno ha cercenando el alcance de este derecho en la Ley N° 026 del Régimen Electoral, limitando el carácter vinculante de la consulta. Lo que implica que las disposiciones o decisiones asumidas dentro de un proceso de consulta a las comunidades afectadas por el desarrollo de un proyecto hidrocarburífero, minero o de desarrollo, carecerán del carácter vinculante, limitando su alcance a ser consideradas por las autoridades o instancias estatales como sugerencias o solicitudes, sin ninguna obligatoriedad en cuanto al cumplimiento de las decisiones. Situación que en términos reales limita el resguardo de los derechos ambientales, económicos, sociales y culturales de las comunidades.

Adicionalmente, se prevé la discusión y promulgación de una nueva Ley Minera –una de las leyes que, a criterio del gobierno, terminará de enterrar al D.S. 21060-, y la Ley de Hidrocarburos, ambas adquieren gran interés para las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, ya que en ellas se deberán desenvolver en cuanto a su operatividad los derechos colectivos reconocidos en el artículo 30 de la Constitución Política del Estado (CPE). Principalmente los derechos que garantizan la conservación de sus territorios y los componentes socioambientales existentes en ellos.

El proceso de construcción de estas dos leyes –y de otras referidas a recursos naturales- implica la posibilidad del gobierno, de ratificar la posición de minimizar el reconocimiento de los derechos colectivos, y por tanto, abre la posibilidad de contar con una nueva normativa – tanto en hidrocarburos como en minería – que imposibilite, el ejercicio de los derechos territoriales de las naciones y pueblos indígenas, el desarrollo de un control y vigilancia al desarrollo de actividades extractivas, el respeto a las estructuras orgánicas y, fundamentalmente, la posibilidad de vivir en un medio ambiente sano, derechos estrechamente relacionados a la protección de la Madre Tierra. Ante este panorama, nos preguntamos ¿será posible pensar en llegar a un "buen vivir", sin desarrollar mecanismos de protección –como lo son los derechos indígenas- para proteger y conservar a la Madre Tierra? La respuesta en sí misma ya nos demuestra una contradicción estructural dentro de la actual administración de gobierno.

Ante este panorama desolador para las comunidades indígenas -que son receptoras de serias vulneraciones a sus derechos económicos, sociales y culturales, además de convivir con un sin número de pasivos ambientales y otras afectaciones por el desarrollo de la extracción de recursos naturales (forestales, mineros e hidrocarburíferos) por parte de empresas transnacionales, y en este último período, nacionales (COMIBOL, YPFB)- se abre una tendencia peligrosa en la que las comunidades y sus organizaciones, al verse sometidas por la arremetida estatal y empresarial, lleguen a claudicar en sus reivindicaciones, o, cediendo a la presión del discurso gubernamental de cumplir con el "bienestar colectivo", asimilando de este modo la presencia de estas empresas y, por ende, resignarse a sufrir estas afectaciones –este sería uno de los peores escenarios-, que sin lugar a dudas, serían bien recogidos por algunas instancias del Estado.

No obstante, en los últimos días una acción jurisdiccional constitucional abre una luz de esperanza para las comunidades indígenas originarias y campesinas, la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 003/2010-R, que revisa la Resolución 1/08 de 29 de febrero de 2008, pronunciada por la Jueza Técnico del Tribunal de Sentencia de la provincia O'Connor, de la Corte Superior del Distrito Judicial de Tarija, dentro de la acción de amparo constitucional presentado por el Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) del departamento de Tarija en contra de Never Barrientos, Presidente de la Asamblea del Pueblo Guaraní Itika Guasu. La misma fue notificada a la Asamblea del Pueblo Guaraní de Itika Guasu en los últimos días y representa un gran avance en cuanto a justicia constitucional y jurisprudencia referida a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos en el país.

Este fallo constituye un avance en relación de la aplicación del derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado en la jurisprudencia constitucional. Analizado el contenido de la SENTENCIA CONSTITUCIONAL 003/2010-R, se pueden identificar avances trascendentales como:

1. El fallo se basa en el principio de la interpretación progresiva de la norma, por el que se debe optar por aquella interpretación que limite en menor medida el derecho o garantía que se denuncia como vulnerado. Por lo tanto, y según la sentencia, "se debe elegir la interpretación más extensa en cuanto al reconocimiento de derechos y una interpretación más restringida cuando se establezcan límites al ejercicio de los mismos".

2. La sentencia se encuentra basada en el bloque de constitucionalidad integrado por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, normativa de derecho internacional que desarrolla los derechos colectivos; y, por tanto, es un elemento que brinda valor y relevancia en cuanto al reconocimiento de los preceptos incluidos en la Declaración de las Naciones Unidas, como el consentimiento previo, libre e informado. Derecho que es ajeno para algunos funcionarios del Ejecutivo y Legislativo, llegando a niveles semejantes al desconocimiento.

3. Al mismo tiempo desarrolla el reconocimiento de cinco derechos fundamentales para los pueblos indígenas originarios y campesinos, estos (derechos) son: "1). a las tierras, territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2). a poseer, utilizar y controlar dichas tierras y territorios. 3). a que el Estado garantice el reconocimiento y protección jurídica de dichas tierras y territorios, incluidos los recursos existentes en ellos. 4). a que la consulta previa es un deber del Estado, tanto

a nivel central, como en las entidades territoriales autónomas, que debe realizarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas. 5). que la consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias: a. Antes de desarrollar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (en concordancia con los artículos 16 del Convenio 169 de la OIT, 19 de la Declaración y 15 de la Constitución). b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (en concordancia con el artículo 32 de la Declaración). c. Antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (en concordancia con los artículos 15.2 del Convenio 169, 32.2 de la Declaración y 30.15 y 403 de la Constitución) y d) Antes de utilizar tierras o territorios indígenas para actividades militares (en concordancia con el artículo 30 de la Declaración)". Cada uno de estos cinco elementos ratifica lo ya avanzado en cuanto al reconocimiento de los derechos colectivos.

4. Finalmente, desarrolla un elemento significativo a partir de reconocer que "la consulta debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado". La sentencia aclara que "el consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no constituye un derecho salvo en las situaciones previstas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas".

Cuáles son estas condiciones: 1). Por el traslado de las tierras que ocupan (los pueblos indígenas o comunidades) siendo sujetos a reubicación (en concordancia a los artículos 16.2 del Convenio y 10 de la Declaración); 2). Cuando se almacenen o eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (en concordancia al artículo 29 de la Declaración) y 3). La jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH en el caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, en el que se reconoce el derecho al consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala y que, por ende, produzcan un mayor impacto dentro del territorio del pueblo indígena, en este caso el Estado no sólo tiene la obligación de consultar al pueblo indígena sino que también debe obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones. Este último punto, quizá el más importante, permite a los indígenas originarios y campesinos de todo el país, que son afectados por el desarrollo de actividades extractivas o proyectos de infraestructura, incluir dentro de sus peticiones o reivindicaciones en el ámbito del derecho la jurisprudencia internacional -poco utilizada en nuestro medio-, aplicándola a partir de trasladar la misma a sus dinámicas y en casos específicos.

La sentencia concluye que para implementar la consulta y en cuanto al consentimiento previo "se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas", lo que significa que los pueblos indígenas "tienen la potestad de vetar el proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a las normas, principios y valores contenidos en la Constitución, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y modus vivendi".

Ahora bien, se hace más necesario para las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, y sus organizaciones, trabajar en definir de manera conceptual y política, a partir de su visión, una definición de lo que son los planes de desarrollo o de inversión a gran escala, esto para respaldar sus demandas y reivindicaciones.

Luego de analizada la sentencia puede interpretarse que el TCP ha asumido la responsabilidad de amparar el ejercicio de los derechos colectivos y, de este modo, llegar a la tutela efectiva de estos derechos, pasando del reconocimiento al ejercicio de forma cualitativa. Entendemos entonces que, a partir de este hito, deberá existir un giro de 180 grados en la actitud del gobierno, tanto en el discurso como en los hechos. Por tanto, el pensar en que para la aplicación de los derechos como la consulta es necesario contar con normativas reglamentarias, es una historia que cae por su propio peso, ya que siguiendo lo establecido por la jurisprudencia internacional, el cumplimiento de estos derechos –consulta y consentimiento previo- es de aplicación inmediata, basado en los principios de buena fe, oportunidad, y otros favorables a las comunidades indígenas, en el marco de sus normas y procedimientos propios, respetando su territorialidad y estructuras orgánicas, fundamentalmente.

En conclusión, la decisión del TCP condiciona y obliga al gobierno, y en especial a los ministerios de Minería e Hidrocarburos -encargados de desarrollar los proyectos de ley-, a adquirir mayor conciencia en cuanto a los derechos colectivos dejando –primero- la visión sectaria y paternalista con relación a las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos, que se refleja en algunos casos en discriminar a estos sectores en el proceso de construcción. Procesos basados en debates y validación de visiones, como el caso del anteproyecto de Ley de Minería, en el que sólo se tomará en cuenta la participación de las representaciones indígenas en el momento en el que se llegue a discutir la temática referida a la “consulta pública”. Imposibilitando de este modo la inclusión de la visión de las comunidades de manera transversal en todo el contenido de la nueva normativa, fenómeno –peligroso por cierto- que será reiterado en la discusión final de la Ley de Hidrocarburos.

Y –segundo– ampliando el ejercicio de estos derechos a la par de lo ya establecido por la normativa nacional, internacional y la jurisprudencia de defensa de los derechos colectivos, en ambas normativas. Por tanto, dejando de confundir conceptos elementales como el de la consulta pública con la consulta previa, ampliando y reconociendo al consentimiento, recoger los preceptos no sólo del Convenio 169 sino también de la Declaración de la Naciones Unidas; dejando de lado -en cuanto a los actores de la consulta- a las empresas operadoras y ampliando la obligación que tiene el Estado en todas sus instancias de desarrollar este derecho; permitiendo el desarrollo del mismo en cada una de las etapas o actividades que constituyen una actividad ya sea minera, hidrocarburífera o forestal, entendiendo que el desarrollo de estas afecta de manera directa e indirecta a las comunidades y sus territorios.

Basando el ejercicio de este en las normas y procedimientos propios de cada nación pueblo o comunidad campesina, en ejercicio de la democracia participativa y comunitaria; dejando de lado el pragmatismo de reducir el proceso a tan sólo un trámite administrativo, que no garantiza la participación de las comunidades afectadas; ampliando la información con estándares desarrollados por la legislación internacional; definiendo que los temas a discutir en la consulta sean decisiones de las naciones y pueblos indígenas, sin que el Estado imponga criterios que no respondan a las necesidades de las comunidades afectadas.

Desarrollando la voluntad política en todas las instancias del Estado, con el fin de llegar al consentimiento de las comunidades afectadas por el desarrollo de actividades extractivas o de proyectos de desarrollo, o a que el Estado tome en cuenta de manera real y efectiva los criterios propuestos por las comunidades, para el desarrollo de la actividad, en el marco del desarrollo libremente determinado.

Sólo de esta manera, llevando el discurso a los hechos, poniendo en práctica el “mandar obedeciendo” de las naciones y pueblos indígenas originarias y campesinas, el gobierno, en el camino de construir el anhelado Estado Plurinacional, dará pequeños pasos con características de trascendentales, permitiendo el “vivir bien” de todos los bolivianos, y en especial de aquellos que durante el último siglo han sido y son víctimas de un modelo de desarrollo contrario al paradigma del Sumay kausay, Suma Qamaña y Ñandereco.

* Miguel Vargas Delgado es abogado del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social CEJIS en la Regional de la ciudad de La Paz.

Fuentes:

Erbol, 27/04/11. Evo: Consulta a indígenas es un chantaje y una extorsión para las empresas en: <http://www.erbol.com.bo/noticia.php?identificador=2147483943825>

Miguel Vargas Delgado
Articulación Orgánica y Formulación Jurídica
CEJIS Regional La Paz
Calle Mexico N° 1433 Of.2 Mezanine 2
Telf. (591 -2) 2311295 - Cel. 72075004

** Este es un servicio de la Plataforma de Política Energética, un espacio permanente, plural y abierto a todos, para compartir información, generar conocimiento y promover el debate público sobre los temas fundamentales del sector energético (www.plataformaenergetica.org)