Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS*

*Carlos Böhrt Irahola***

Presentado: Octubre 2 de 2015 • Aceptado: Octubre 30 de 2015

Resumen

Por mandato del "*Convenio 169"* de la OIT y de la *"Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas"*, ambos instrumentos ratificados por Bolivia, es obligación del Estado boliviano consultar a los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, asimismo para la formulación, aplicación y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional y regional que los involucre a ellos y a su territorio, y toda vez que se pretenda "emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Este ensayo presenta los resultados de la investigación realizada sobre el marco constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas –incluyendo los instrumentos internacionales que rigen en esta materia e integran el bloque de constitucionalidad–, la legislación de desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano sobre el tema, abordada esta última con enfoque

Palabras clave: Consulta previa a los pueblos indígenas en Bolivia, Convenio 169 OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

The right to consultation of indigenous peoples, the Constitutional Court and the TIPNIS

Abstract

As mandated by the ILO "Convention 169" and the "Declaration on the Rights of Indigenous Peoples," both instruments ratified by Bolivia, it is the Bolivian state's obligation to consult indigenous peoples, whenever legislative or administrative measures are foreseen and may affect them directly. Likewise the formulation, implementation and evaluation of plans, programs and projects of national and regional development that involves them and their territory, and since it is intended to "undertake or permit any programs for the exploration or exploitation of existing natural resources pertaining to their lands. This paper presents the results of research conducted on the constitutional framework of the right to consultation of indigenous peoples, including international instruments governing this area and integration of the block of constitutionality, the implementing legislation and jurisprudence of the Constitutional Court Bolivia on the topic.

Keywords:

Prior consultation with indigenous peoples in Bolivia, ILO Convention 169, Declaration on the Rights of Indigenous Peoples by United Nations

* Este artículo es resultado de las investigaciones realizadas como Docente Investigador y dentro el proyecto "Publicaciones IIS – Derecho de la UMSA.
** Docente de la Carrera de Derecho UMSA y Docente Investigador del Instituto de Invenstigaciones y Seminarios.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

1. Introducción

Este ensayo presenta los resultados de la investigación realizada sobre el marco constitucional del derecho a la consulta de los pueblos indígenas, la legislación de desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional boliviano en la materia.

La presentación de los hallazgos y conclusiones ha sido organizada en base a los siguientes puntos:

1. Presentación y comentarios breves de las disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho a la consulta previa, el Convenio 169 de la OIT y la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas", que, como se sabe, integran el bloque de constitucionalidad boliviano.
2. Enumeración de la legislación infra-constitucional relacionada con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, y
3. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional.

2. Marco constitucional

Uno de los temas que registra los mayores cambios e innovaciones en el texto constitucional es, ni duda cabe, el de los derechos de las "*naciones y pueblos indígena originario campesinos*"(en adelante nos referiremos a ellos como pueblos indígenas, haciendo uso del apelativo utilizado internacionalmente), campo este que constituye, precisamente, el "objeto" de regulación del Convenio 169 de la OIT y de la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas" (a partir de aquí nos referiremos a estos instrumentos como el Convenio y la Declaración de Naciones Unidas). La importante cantidad de artículos de la *Ley Fundamental* relacionados con este tema y el gran espectro de áreas cubiertas por ellos, muestran su centralidad en el sistema axiológico y en la sistemática de la Constitución. Veamos, primero, las disposiciones supremas que sustentan directamente el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y, después, otro conjunto de mandatos constitucionales relacionados con este derecho colectivo.

3 Fundamentos constitucionales del derecho a la consulta previa

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas cuenta con una sólida plataforma de sustento en las bases fundamentales del Estado y en la Carta de Derechos y Garantías (Primera Parte, Títulos I y II) desplegados por la Constitución boliviana, conforme se desprende de la reseña siguiente:

a) **Artículo 1º.** "*Bolivia se funda* –dice el texto constitucional– *en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*". Es en esencia una sociedad multicultural, asumida como tal por la Constitución, lo que da lugar a que el Estado boliviano se configure, ahora, como un Estado plurinacional comunitario, abriendo espacio en su estructura a las diferentes naciones y pueblos indígenas,vale decir que el modelo de Estado prevé su participación *per se,* por derecho propio.

b) El **artículo 2º** consagra la libre determinación de los pueblos indígenas, "*que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales*". Este mandato otorga el fundamento mayor al derecho a la consulta, dado que encontrándose vigente la libre determinación de los pueblos originarios, ninguna decisión estatal que afecte a su territorio, intereses o derechos puede ser adoptada sin dialogar con ellos.

c) **Artículo 5.** Esta disposición reconoce carácter oficial a los idiomas de los pueblos indígenas y establece la obligación de los órganos estatales de utilizar, en sus actividades, el castellano y el

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

idioma del o de los pueblos indígenas respectivos. La consulta, por tanto, no puede sino satisfacer esta obligación.

d) El **artículo 9**establece los fines y funciones esenciales del Estado, incluyendo entre éstos la obligación de "*garantizar* […] *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"*(numeral 2). Está claro que no puede existir respeto mutuo, ni diálogo intercultural, sin consultar con los pueblos indígenas cada vez que algún órgano estatal pretenda adoptar una decisión relacionada con ellos.

e) La incorporación del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas al bloque de constitucionalidad se encuentra sancionada en los **artículos 13.IV, 256, 257.I y 410.II**, que, armónicamente, instruyen la vigencia y aplicación preferente de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado boliviano, situación en la que se encuentran, como es sabido, ambos instrumentos**.**

f) El **artículo 30 (parágrafo II, numeral 15)** es el que consagra, específicamente, el derecho de los pueblos indígenas "*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"*. El texto constitucional manda además que *"se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan"* los pueblos indígenas. Es innegable que la redacción de este texto se basa en las previsiones del Convenio y de la Declaración de las Naciones Unidas, pero es también evidente que no abarca todas las materias que deben ser consultadas, ni coincide completamente en el señalamiento de las características de la consulta a los pueblos indígenas, como veremos un poco más adelante.

g) El **artículo 98.I**, a tiempo de sentar el régimen de las culturas, determina otra vez que el Estado Plurinacional Comunitario se asienta y es expresión de la diversidad cultural del país, razón por la que *"la interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad* –concluye el texto constitucional– *tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones"*. Este y no otro es el marco ético de la consulta previa a los pueblos indígenas: el diálogo intercultural basado en igualdad de condiciones, que supone sobre todo información oportuna, y en el respeto a las diferencias.

h) En el campo de la explotación de recursos naturales, el **artículo 352** es taxativo cuando dispone que *"laconsulta tendrá lugar respetando* [las] *normas y procedimientos propios"* de los pueblos indígenas.

i) Y el **artículo 403** que, sin dejar resquicio para la duda, liga el derecho a la consulta previa con el territorio indígena, concebido éste como una entidad multidimensional. Conviene transcribir aquí la disposición completa:

Artículo 403

I. *Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley;* ***a la consulta previa e informada*** *y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios;* ***la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación*** *y la definición de*

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

II. ***El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural.*** *La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos.*

En suma, la consulta previa a los pueblos indígenas, en Bolivia, cuenta con el sustento directo de, cuando menos, los doce artículos de la Constitución que acabamos de citar y comentar (artículos 1º, 2º, 5, 9,13.IV, 256, 257.I, 410.II, 30.II.15, 98.I, 352 y 403),a los que debe añadirse un bloque de un número aún más grande de disposiciones conexas, como veremos en seguida. No cabe duda que se trata de un extraordinario y sólido soporte constitucional.

Antes de continuar debe explicarse por qué el artículo 30.II.15, lo mismo que el 403, no abarcan todas las materias, ni coinciden del todo con el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas en la enumeración de las características de la consulta. Según estos instrumentos internacionales, tres son las materias principales en las que el Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas: **i)** "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" [artículos 6.1.a) del Convenio y 19 de la Declaración], **ii)** "en la formulación, aplicación y evaluación de los planes, programas" y proyectos de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente [artículos 7.1 del Convenio y 32.2 de la Declaración] y **iii)** toda vez que se pretenda "emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras" [artículos 15 del Convenio y 32 de la Declaración][48]. De estas tres materias, el artículo 30.II.15 de la Constitución menciona sólo dos: cuando se prevean medidas legislativas o administrativas y en los casos de explotación de los recursos naturales no renovables en los territorios indígenas, dejando de lado la prospección de recursos naturales y la formulación, aplicación y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo. ¿Implicará esto que en Bolivia no deben realizarse consultas en estos asuntos? Por supuesto que no, ya que tanto el Convenio como la Declaración de las Naciones Unidas integran el bloque de constitucionalidad en este campo, siendo sus disposiciones, por tanto, de cumplimiento obligatorio.

Y ¿cuáles deben ser las características de la consulta? En criterio del Convenio y la Declaración de las Naciones Unidas, ocho atributos deben rodear a los procesos de consulta:

i. debe realizarse mediante procedimientos apropiados,
ii. a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas,
iii. debe acomodarse a las circunstancias prevalentes,
iv. el órgano estatal debe cooperar con los sujetos colectivos de la consulta,
v. la consulta debe ser libre, sin interferencias ni presiones de ninguna naturaleza,
vi. debe primar la buena fe entre las partes,
vii. previa a la adopción de las medidas legislativas o administrativas, a la formulación y aprobación del plan, programa o proyecto de desarrollo y antes de emprender o autorizar cualquier proyecto de explotación de recursos naturales,
viii. debe ser informada, es decir que el

1 Decimos aquí "materias principales" porque, además de estas tres, los instrumentos internacionales incluyen otras, en el área de la educación, la salud, el uso de los territorios indígenas para fines militares, etc. Todos estos otros ámbitos pueden ser subsumidos, empero, dentro de la noción de "medidas administrativas".

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

Estado debe transferir a los pueblos indígenas oportunamente toda la información de la medida, plan, programa o proyecto.

¿Están contempladas estas características en la Constitución boliviana?, sí, aunque con algunas particularidades y un aditamento. Mientras la Declaración de Naciones Unidas habla de la obligación del Estado de "cooperar de buena fe" con los pueblos indígenas, la *Norma Suprema* utiliza la fórmula de consulta concertada. Por otro lado, la obligatoriedad de la consulta se encuentra presente en los dos instrumentos internacionales en términos implícitos, en tanto que el artículo 30.I.15 de la *Ley Máxima* boliviana lo exige en términos explícitos. Y en tercer lugar, el artículo 352 de la Constitución incluye la obligación de respetar *"las normas y procedimientos propios"* de los pueblos indígenas, fórmula que no aparece, al menos en esos términos, en el Convenio, ni en la Declaración.

3.1 Disposiciones constitucionales conexas

La Constitución boliviana contiene varias otras disposiciones conexas a los artículos anteriores, que dan mayor sustento a los derechos de los pueblos indígenas, en general, y a la consulta previa, en particular. Una relación de esos mandatos, quizás no exhaustiva, sería la siguiente:

a) **Artículo 3,** que define en términos heterodoxos a la "nación boliviana", incluyendo entre sus componentes a las *"naciones y pueblos indígena originario campesinos"*, con la aclaración de que, además, son parte del *"pueblo boliviano"*. Esta visión de la nación y del pueblo enriquece la lectura boliviana del principio de la soberanía popular y otorga cimientos al doble régimen que ampara a los pueblos indígenas: titulares de los derechos que amparan al conjunto de los miembros de la nación boliviana y, al mismo tiempo, titulares de los derechos colectivos, especiales, de los grupos étnicos desarrollados a partir del Convenio 169 de la OIT.

b) El **artículo 8** contiene los principios ético-morales de la sociedad plural y el sistema axiológico que orienta al Estado, entre cuyos componentes figuran los valores de la inclusión, dignidad, respeto, igualdad de oportunidades y equidad social en la participación, todos vinculados a las características de la consulta previa.

c) En sintonía con el doble régimen de derechos de los pueblos indígenas debe leerse la obligación del Estado de garantizar *"a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en* [la] *Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos"* (**artículo 14.III)**.

d) Las regulaciones del **artículo 26.II.4,** están relacionadas a la obligación estatal de canalizar las consultas a través de los representantes de los pueblos indígenas, y lo están de dos maneras: el derecho a la consulta previa no es sino una expresión del derecho a la participación, en el régimen general, pero en la normativa particular de los grupos étnicos debe respetarse *"la elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios"*.

e) Por mandato del **artículo 32** el *"pueblo afroboliviano"* goza también de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, entre ellos el de la consulta previa.

f) No requiere de demostración alguna el afirmar que la temática del medio ambiente es absoluta y directamente concomitante con el derecho a la consulta previa, por lo que el **artículo 33** erige el paraguas en este campo cuando establece que *"las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable,*

protegido y equilibrado" y que el ejercicio de este derecho debe permitirles *"a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente"*.

g) La consulta previa a los pueblos indígenas es, desde su materialidad, un mecanismo eficaz para proteger otros derechos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a la propiedad de la tierra, el que se encuentra consagrado, en tanto norma general, en el **artículo 56.I**, que, sin asomo de duda, reconoce que *"toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social"*. Más adelante, en el régimen de la tierra y el territorio, este derecho adquiere mayor concreción gracias al reconocimiento y protección estatales **(artículos 393 y 394. III)**, especialmente en el caso de *"la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende* –dice esta última disposición– *el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas"*.

h) El derecho a la consulta previa, conforme vimos en el subtítulo anterior, se encuentra consagrado en la Constitución y viene reforzado por el Convenio y la Declaración de las Naciones Unidas, en consecuencia, le es aplicable del todo el **artículo 109.I**, cuyo texto dice: *"Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección"*; dicho de otro modo, tiene vigencia absoluta y actual.

i) El **artículo 241** y los siguientes que integran el Título VI, se ocupan de los derechos a la participación y control social que asiste a todas y todos los bolivianos; derechos que, lo dijimos párrafos atrás, resultan conexos al ejercicio de la consulta previa, que en sí mismo no es sino una expresión del derecho a la participación. Así pues, este artículo y los que le siguen entregan el marco general de la participación de los pueblos indígenas.

j) La Constitución, el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas prestan especial atención a la relación entre los pueblos indígenas y su territorio, concepción que adquiere su máxima expresión en la determinación del **artículo 269.I** de inscribir a los territorios indígenas en la organización territorial del Estado y entre los escenarios de la autonomía **(artículo 291).**

k) Entre los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales autónomas destacan, en lo que a nuestro tema hace, los del autogobierno y la preexistencia de los pueblos indígenas, vinculados, evidentemente, a los rasgos distintivos de la consulta previa **(ver el artículo 270)**.

l) El Capítulo Séptimo. Título I, de la Tercera Parte de la Constitución contiene el régimen de la autonomía indígena o autogobierno en *"ejercicio de la libre determinación"* de los pueblos indígenas, a ejercerse conforme *"a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos"*. Está claro que estas disposiciones otorgan una base material aún más reforzada al derecho a la consulta en el ámbito de las autonomías indígenas **(ver artículos 289 a 296)**.

m) El derecho a la consulta previa tiene, asimismo, una dimensión económica y productiva, especialmente cuando se trata de la explotación de los recursos naturales que existen en los territorios de los pueblos indígenas, de manera que su conexión con la organización del Estado es innegable. Así, el **artículo 306, parágrafos II y III,** incorpora la economía comunitaria de los pueblos indígenas en el modelo económico plural, dándole así otro vuelo al derecho a la consulta, en cuyo campo de connotaciones deberá incorporarse el difícil tema del derecho preferente, dado que el Estado está reatado al mandato

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

de proteger y promoverla organización económica comunitaria**(artículo 307)** y a la obligación de respetar y garantizar *"la propiedad individual y colectiva sobre la tierra"* en tanto soporte material de los recursos naturales y de fomentar y promocionar *"el área comunitaria de la economía como alternativa solidaria en el área rural y urbana"***(artículo 311.II, numerales 2 y 6).**

n) En todo caso –dice la Constitución–*"para eliminar la pobreza y la exclusión social y económica, para el logro del vivir bien en sus múltiples dimensiones"* el Estado debe velar porque la organización económica haga posible una *"generación del producto social en el marco del respeto de los derechos individuales, así como de los derechos de los pueblos y las naciones"* indígenas, destacando, en lo que a nosotros hace, la consulta previa **(artículo 313.1)**.

o) En gran parte de los países, uno de los debates abiertos es el referido a si la titularidad del derecho a la consulta es exclusiva de los pueblos indígenas, pues bien, dos artículos de la Constitución boliviana parecen abrir el ejercicio del derecho a toda la población: el **artículo 343** en el ámbito de la gestión ambiental, y el **artículo 352** en relación a la explotación de recursos naturales en determinados territorios, distintos a los grupos étnicos. Recuérdese que este último artículo es el que funda también el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

p) Del mismo modo, el **artículo 353** amplía el acceso *equitativo* a los beneficios del aprovechamiento de los recursos naturales al conjunto del pueblo boliviano, sin olvidar, empero, la especificidad de los pueblos indígenas. En el régimen internacional del derecho a la consulta el acceso a los beneficios es uno de los temas que requieren de consenso y/o acuerdo.

q) El **artículo 405.4** que asocia el desarrollo rural integral sustentable, entre otras ideas fuerza, a la *"significación y el respeto de las comunidades indígena originario campesinas en todas las dimensiones de su vida"*.

La relación anterior demuestra que suman alrededor de treinta los artículos supremos que, total o parcialmente, se encuentran relacionados con el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Se trata, sin lugar a dudas, de una generosa cobertura constitucional para el tema.

4. Legislación infra-constitucional relacionada con el derecho a la consulta previa

Pese a que el Convenio 169 de la OIT fue aprobado por el Congreso boliviano el año 1991, en la legislación infra-constitucional se encuentran pocas referencias al derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Veamos en orden cronológico estas disposiciones legales.

4.1. La Ley 1.257, promulgada el 11 de julio de 1991, que aprueba el Convenio 169 de la OIT. El punto de partida, por tanto, para cualquier disposición y análisis posterior es este: 11 de julio de 1991.

4.2. La Ley del Medio Ambiente, Nº 1.333 de 27 de abril de 1992, aprobada, en consecuencia, apenas nueve meses y medio después de la convalidación del Convenio. No obstante que la materia de esta ley se encuentra íntimamente relacionada con la consulta previa a los pueblos indígenas, no contiene referencia alguna al ejercicio de este derecho, lo que es más, no visualiza a los pueblos indígenas como actores colectivos en la temática, por lo que no debe extrañar que, a lo largo de sus 118 artículos, los mencione sólo en dos pasajes: en el **artículo 64**, salvando la compatibilidad de la declaratoria de área protegida con la existencia de pueblos indígenas en los territorios afectados, y en el **artículo 78**, que establece la obligación del Estado de garantizar, por

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

un lado, la participación de las comunidades tradicionales "*en los procesos del desarrollosostenible y uso racional de los recursos naturales renovables*", y por otro, *el rescate, "difusión y utilización de los conocimientos sobre uso y manejo de recursos naturalescon la participación directa de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas*". Esto es, en suma, todo lo que ofrece la Ley 1.333 sobre nuestro tema.

Algo más de tres años y medio después, el 8 de diciembre de 1995, se emitió el Decreto Supremo 24.176 aprobando la normativa reglamentaria de la Ley del Medio Ambiente, integrada por seis reglamentos, entre ellos el Reglamento General de Gestión Ambiental (RGGA) y el Reglamento de Prevención y Control Ambiental (RPCA) resultando este último el específico en relación a los instrumentos de la gestión ambiental. Ninguno de estos seis instrumentos jurídicos ubica a los pueblos indígenas como sujeto de las consultas sociales, limitándose a regular la "participación ciudadana" en los procesos de gestión ambiental, en general, y en los procesos de decisión particular, relativos a proyectos, obras o actividades concretas y a través de los instrumentos como la ficha ambiental, el estudio de impacto ambiental y otros.

El Título VII del RPCA es el que establece las reglas de la participación ciudadana, concebida éstaprioritariamente en términos de ejercicio potestativo de los derechos a la información y a emitir opinión (*podrá*, dice el texto), antes que de vigencia del derecho a la consulta. Únicamente el **artículo 162** de este Reglamento establece la obligación del representante legal de la empresa o entidadresponsable de la implementación del proyecto, obra o actividad, privada o pública, de efectuar una consulta con la población cuando existan impactos (negativos se entiende) a considerarse en un "Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental" (EEIA). Si la obligación no fue cumplida en la fase de la evaluación –continúa el artículo– la Autoridad Ambiental debe someter el EEIA a consulta pública. Por su parte, también el Título VII del RGGA **(artículos 72 a 85)** se ocupa de la "participación ciudadana" y lo hace con la misma orientación, remitiendo, lo que es más, algunos aspectos procedimentales al RPCA.

Si bien es cierto que el citado artículo 162 cubre, en sus efectos, a los pueblos indígenas cuando sus tierras y territorio sean el escenario de las actividades objeto de la consulta, es asimismo innegable que esos escenarios de participación popular no fueron pensados en función del Convenio 169. En definitiva, además de actualizar sus disposiciones al nuevo marco constitucional, la Ley 1.333 requiere ser complementada con regulaciones sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

4.3. La Ley de Hidrocarburos, Nº 3.058 de17 de mayo de 2005, contiene un régimen detallado de apropiación del Convenio 169 y de la consulta previa a los pueblos indígenas. Se trata de la primera ley boliviana que busca la vigencia real del Convenio, desarrollando para ello un conjunto de disposiciones sustantivas y operativas. El Título VII de la ley se ocupa del tema a través de cuatro capítulos:

- Capítulo I, artículos 114 a 118, dedicados a regular los "*derechos a la consulta y participación"* de los pueblos indígenas.
- Capítulo II, artículos 119 y 120, cuya misión consiste en fijar las reglas relativas a las *"compensaciones e indemnizaciones"*.
- El Capítulo III se ocupa de la protección de los *"sitios sagrados y áreas de especial valor natural y cultural"*, dedicándole a ello los siguientes siete artículos (121 a 127), y
- El Capítulo IV, con un solo artículo, relacionado con las servidumbres.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

Dejando de lado algunas particularidades del lenguaje[49], es de interés directo el primer capítulo, cuyas cinco cláusulas delinean, con nitidez, la obligación del Estado de consultar con los pueblos indígenas *"de manera previa, obligatoria y oportuna"* cuando se pretenda desarrollar en su territorio cualquier actividad hidrocarburífera**(artículo 114)**. En función de este mandato macro, el texto legal establece como características de la consulta:

i. La buena fe de las partes intervinientes,
ii. Basada en los principios de *"veracidad, transparencia, información y oportunidad"*,
iii. Procedimientos apropiados y acordes con las circunstancias y características de cada pueblo indígena,
iv. El objetivo es el de determinar en qué medida serían afectados los derechos e intereses del o de los pueblos indígenas,
v. La finalidad: llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento del pueblo indígena, y el cumplimiento obligatorio de las decisiones resultantes del proceso de consulta.

El lenguaje utilizado por la Ley de Hidrocarburos es, a todas luces, el del Convenio 169, o directamente inspirado en éste. Pero no se limita a la reproducción de las determinaciones de este instrumento internacional, sino que avanza hacia ciertas reglas operativas, ordenando que la consulta debe realizarse en dos momentos: a) antes de *"la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello"*, y b) antes de la aprobación del EEIA, el que, en el caso de los pueblos indígenas, deberá ser siempre el de mayor alcance previsto en la Ley 1.333 y su Reglamento(ver el artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos).

La Ley identifica también a la autoridad competente para llevar adelante la consulta, a las partes intervinientes e incluso laautorización al Estado, en términos optativos, para promover un proceso de conciliación en los casos en que el diálogo no fuese fructífero(artículos 116 a 118). Pero, hay algo más en la Ley, en el Título VIII, abocado a la temática medio ambiental, se crean *"Comités de Monitoreo Socio-Ambiental"* para cada actividad, obra o proyecto de hidrocarburos, con participación de representantes de los pueblos indígenas (artículo 131).

Así, las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos, Nº 3.058, dejan entrever una clara voluntad política de viabilizar la aplicación práctica del Convenio 169 y del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, naturalmente en el ámbito de la exploración y explotación de hidrocarburos. Voluntad política que, pocos menos de dos años después se tradujo en el *"Reglamento de Consulta y Participación para actividades hidrocarburíferas"*, aprobado por intermedio del Decreto Supremo 29.033, de 16 de febrero de 2007, que soportó ya importantes modificaciones en función de la experiencia práctica acumulada. Los ajustes al Reglamento fueron introducidos a través del Decreto Supremo 29.124, emitido en 9 de mayo de 2007, y el Decreto 29.574, de fecha 21 de mayo de 2008.

4.4. Ley del Régimen Electoral, promulgada el 30 de junio de 2010 y publicada con el número 026. En este instrumento jurídico se encuentran un artículo del todo pertinente y otro impreciso y parcialmente inconstitucional:

- El **artículo 4, inciso i),** inscribe el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas entre los derechos políticos, como corresponde, dado que se trata de una expresión particular del derecho a la participación.

- En el **Título II (Democracia directa y participativa), Capítulo IV(Consulta**

2 La Ley habla, por ejemplo, de "pueblos campesinos, indígenas y originarios".

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

previa) de la Ley se lee el siguiente texto:

Artículo 39. (ALCANCE). *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 corresponda.*

Este artículo registra dos anomalías innegables:

1. Restringe la consulta al ámbito de la explotación de los recursos naturales. Ello se debe a que, en realidad, repite la disposición del artículo 352 de la Constitución, olvidándose que el también constitucional artículo 30.II.15 habilita el procedimiento para los casos de adopción de medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, pierde de vista que el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas prevén varios otros campos de consulta, entre ellos la formulación, aprobación y ejecución de planes, programas y proyectos de desarrollo.

2. El texto transcrito contiene, asimismo, una disposición francamente inconstitucional: determina que las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta "***no tienen carácter vinculante"***, si ello fuera así, cabe preguntarse ¿cuál es entonces la finalidad de la consulta? Tanto el Convenio como la Declaración de Naciones Unidas señalan, una y otra vez, que el propósito de la consulta apunta a obtener el consentimiento del sujeto colectivo consultado para la ejecución del tema sometido a consulta o, en defecto de este, lograr un acuerdo que satisfaga las demandas de las comunidades indígenas, de manera que el artículo 39 de la Ley del Régimen Electoral, sencillamente, va en contra del espíritu de la consulta previa, consagrado en el bloque de constitucionalidad. En el fondo, este artículo peca por confundir la ausencia de poder veto de los sujetos consultados –exceptuando tres casos que serán mencionan páginas adelante[50]– con la fuerza vinculante de los acuerdos a los que se arribe en el proceso de la consulta.

No cabe duda: el artículo 39 de la Ley del Régimen Electoral debe ser radicalmente modificado, ampliando hasta donde corresponda los ámbitos y materias de la consulta y reelaborando su último párrafo para restituir el carácter obligatorio de los acuerdos y, si se creyese conveniente, introduciendo la inexistencia del poder de veto, salvo los tres casos ya mencionados.

2.1. La Ley de Minería y Metalurgia, N° 535, de 28 de mayo de 2014. Esta ley dedica su Título VI a la consulta previa, restringiéndola notoriamente a la suscripción de contratos administrativos mineros "*susceptibles de afectar directamente"* los derechos colectivos de los pueblos indígenas, al mismo tiempo que taxativamente excluye de la consulta la prospección y exploración de yacimientos minerales, lo que implica una colisión frontal con los artículos 15 del Convenio 169 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas.

Esta ley, en general, tiene una orientación

3 Ver el punto 3.1, inciso e).

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

contraria a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, expresada en: i) reducción del derecho a la participación en los beneficios de los sujetos de las consultas al régimen regalitario únicamente (v. artículo 19), ii) estrechez y rigidez de los canales de expresión de los pueblos indígenas, iii) conversión de la consulta en un proceso formal, y otros factores.

2.2. Decreto Supremo 2.195, de 26 de noviembre de 2014, que *"establece un mecanismo para la asignación porcentual de la compensación financiera por impactos socio ambientales de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos, cuando se desarrollen en Territorios Indígena Originario Campesinos – TIOCs, tierras comunales, indígenas o campesinas"***.** Este decreto adolece de un problema de fondo y otro de forma: en el fondo, desconoce que la compensación a los pueblos indígenas, y por tanto su cuantía, es una de las consecuencias de la consulta previa, por lo que no cabe pre establecer porcentajes de compensación, y el problema de forma es que este decreto, implicando afectacióndirecta a los derechos de los pueblos indígenas no fue consultado con ellos, lo que entraña inconstitucionalidad inhabilitante.

5. Jurisprudencia constitucional

Dos sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional definieron las líneas jurisprudenciales centrales en la materia: las SS. CC. 2.003/2010-R y la 0300/2012 (TIPNIS). Veremos a continuación los elementos centrales de ambos fallos:

5.1. La **Sentencia 2.003/2010-R** fue pronunciada por el Tribunal Constitucional de la fase de transición el 25 de octubre de 2010, dentro del recurso de amparo constitucional (hoy acción de amparo constitucional) presentado por el Servicio Departamental de Caminos (SEDECA) de Tarija, contra los representantes de la Asamblea del Pueblo Guaraní "ItikaGuasu", por haber éstos interferido en la ejecución de un convenio de la entidad accionante con la empresa PETROSUR SRL para el uso de cierta infraestructura ubicada en el territorio indígena. La Resolución de la jueza de garantías (provincia O'Connor de Tarija) concedió el amparo solicitado.

El fundamento III.5 de la sentencia está dedicado al análisis del "*derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad*", cuyos renglones hacen pie en el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de Naciones Unidas y los artículos 30.II.15 y 403 de la Constitución Política del Estado, y en base a ellos define las líneas jurisprudenciales resumidas a continuación:

a) El Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas son parte del bloque de constitucionalidad, debido a que fueron ratificados por el Estado boliviano (ver página 18 de la sentencia).

b) La consulta debe realizarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas (pág. 15).

c) La consulta procede en los siguientes casos:

i. *"Antes de* **adoptar o aplicar** *leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (arts. 6.1 del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas*[…]*, 30.*II.*15 CPE)"*;

ii. *"Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas…)"*;

iii. *"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 (arts. 15.2 del Convenio*

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas […], *30.15 y 403 de la CPE); y,*

iv. *Antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 30 de la Declaración de las Naciones Unidas)".* (Ver página 15 de la sentencia. Las negrillas y subrayados son nuestros).

En esta línea jurisprudencial, el Tribunal Constitucional incurre en dos imprecisiones: primera, en el caso i. de aplicación de la consulta, la Declaración de la Naciones Unidas dice que el diálogo debe realizarse*"antes de adoptar* ***y*** *aplicar"* medidas legislativas y administrativas[51], y no, como indica el máximo juez constitucional, *"antes de adoptar* ***o*** *aplicar"*, vale decir que su temporalidad debe ser, siempre, anterior a la adopción de la medida, y de ninguna manera podría darse la consulta antes de la aplicación, pero después de la adopción, que es a donde puede conducir la lectura del Tribunal Constitucional.

La segunda imprecisión radica en la reducción de la cantidad de casos en los que, obligatoriamente, procede la consulta previa a los pueblos indígenas. Definitivamente, los cuatro casos señalados por el Tribunalno son los únicos en los que deben implementarse procesos consultivos, sino también en los casos descritos en los artículos 2, 4, 7, 16, 17, 22 y 27 del Convenio 169 y en varios otros mencionados en al menos seis artículos de la Declaración de las Naciones Unidas (salvando los que repiten al Convenio, revisar las cláusulas 10, 15, 17.2, 29, 31.2, 36 y 38).

d) La finalidad de la consulta previa es la de lograr un acuerdo con el o los pueblos indígenas o su consentimiento libre, previo e informado.

e) La finalidad es el consentimiento, pero éste no implica poder de veto, salvo en tres casos:

i. *"Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas….)";*

ii. *"Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración)", y*

iii. *"Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio"* (CIDH, Sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam).

f) Por último, el Tribunal Constitucional deja dicho que en determinados casos, cuando se adopta una decisión susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena, sin haber realizado la necesaria consulta previa, el cumplimiento *ex-post* de la omisión subsana el defecto y restituye legalidad y legitimidad a la decisión en cuestión (ver el párrafo tercero de la pág. 18).

Corresponde aclarar aquí que, a decir verdad, esta última línea interpretativa no se encuentra delineada del todo en esta sentencia, lo que, empero, sí parece suceder en el segundo fallo, conforme veremos más adelante.

Con los razonamientos anteriores, además de otros componentes doctrinales, el Tribunal Constitucional falló revocando la resolución de la jueza, bajo el supuesto que el SEDECA de Tarija debía llevar adelante la consulta previa para garantizar la vigencia plena del convenio suscrito con PETROSUR, y entre otras decisiones, exhortó al Órgano Ejecutivo Nacional a *"efectivizar el derecho a la consulta de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de conformidad a los fundamentos"* de la propia sentencia.

5.2. Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), fechada en 18 de junio de 2012.Fue emitida en el marco de dos acciones de inconstitucionalidad abstracta planteadas por:

4 Ver el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

1. Los diputados Miguel A. Ruiz Morales y Zonia Guardia M., solicitando la eliminación de la Ley 180, de "Protección del TIPNIS", promulgada el 24 de octubre de 2011, y

2. Los diputados FabianYaksic F. y Marcela Revollo Q., quienes demandaron la anulación de la mayoría de los artículos de la Ley 222 ("Consulta a los pueblos indígenas del TPNIS").Las dos leyes impugnadas se adjuntan a este documento en anexo[52].

Interesa aquí prestar atención a los fundamentos III.3, III.4 (especialmente el III.4.1) y III.5 con los que el Tribunal Constitucional Plurinacional justifica sus decisiones[53].

El **fundamento III.3** se ocupa de poner en tapete la temática del territorio de los pueblos indígenas y de las íntimas relaciones de éstos con su base material; importantísima cuestión que, dicho sea de paso, no se encontraba en discusión, ni lo está actualmente. Pues bien, el párrafo final de este apartado de la sentencia, a la letra, dice:

En conclusión, el derecho al territorio inherente a las naciones y pueblos indígenas conlleva a otros derechos de carácter colectivo, que están ligados a éste por su propia naturaleza jurídica, es decir, este derecho implica la obligación del propio Estado a respetar tales territorios al grado de que ***si existe la necesidad de explotación de un recurso natural no renovable o la realización de un proyecto, o mega proyecto, de necesidad general, como la construcción de una hidroeléctrica o una carretera****, dentro de territorios pertenecientes a un determinado pueblo indígena, o a varios pueblos originarios,* ***el Estado está obligado a efectuar una consulta de carácter previo*** *a la realización del proyecto, y naturalmente,* ***al comienzo de las obras dentro del territorio indígena****, el no hacerlo de esa manera genera una vulneración a los derechos de los pueblos indígenas al derecho de la consulta, tal y como se verá en el siguiente fundamento jurídico.***(pág. 28, las negrillas y subrayados son nuestros).**

Antes de llegar a esta conclusión, es decir que la consulta en el caso de megaproyectos, como una carretera, debe realizarse *"al comienzo de las obras dentro del territorio indígena"*, el TCP reflexionó sobre varias disposiciones de la Constitución Política del Estado, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas, ninguna de la cuales, empero, respalda el criterio de las y los magistrados bolivianos, quienes, con intención o sin ella, abren el debate sobre cómo debe entenderse lo previo de la consulta o cuán previa debe ser ella.

El párrafo transcrito de la sentencia, sin embargo, contiene también un elemento positivo: la identificación de la carretera como "*mega proyecto"* y su subordinación a la consulta previa cuando afecta un territorio indígena. Esta lectura viene influida por la sentencia de la Corte Interamericana en el caso del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, como veremos más adelante. En todo caso, el párrafo resulta revelador del pensamiento íntimo de las y los magistrados que suscribieron la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), en ambos sentidos: negativo y positivo.

El **fundamento III.4** está dedicado al *"derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia internacional"*[54], tarea en la que fueron glosados los artículos 30.II.15 y 403 de la Constitución;las cláusulas 6.1, 6.2 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT, referidos –como se recordará–a las características de la consulta y a su aplicación toda vez que

5 Los textos completos de las leyes 180 y 222, materia de la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), se encuentran en el anexo de este ensayo.

6 Estos fundamentos se encuentran a partir de la página 24 de la sentencia. En adelante nos referiremos al Tribunal Constitucional Plurinacional usando su sigla: TCP.

7 Ver páginas 28 y siguientes de la sentencia.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

se pretenda adoptar medidas legislativas y administrativas, y cuando se prevea la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, asícomo la Declaración de las Naciones Unidas, poniendo énfasis en sus artículos 19 y 32. En este apartado se transcriben también extensos párrafos de la Sentencia Constitucional 2.003/2010-R, incluidas las dos imprecisiones analizadas páginas atrás.

Recuérdese que es en este fallo, ahora reproducido, que el TCP le hace decir al artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas que los Estados deben celebrar consultas *"antes de adoptar **o** aplicar medidas legislativas y administrativas"*, a sabiendas de que el texto original, en realidad, dice "*antes de adoptar y aplicar***"** (v. pág. 30 de la sentencia que venimos comentando)**.** Al respecto, resulta estratégico destacar quemientras el cambio deslizado por el "máximo intérprete de la Constitución" en la Sentencia 2.003/2010-R tuvo connotaciones prácticamente inocuas en el contexto social y político, no sucede lo mismo conlas implicancias de su repetición en el contexto de la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS). Está claro que en este segundo momento, la versión del *"antes de adoptar **o** aplicar"* casa perfectamente con aquello de realizar la consulta *"al comienzo de las obras dentro del territorio indígena"*, es decir, antes de aplicar, pero después de adoptar. Sin embargo, está claro también que ambas lecturas del Tribunal son equívocas.

Volviendo a la reseña del segundo fallo, debe rescatarse el hecho de que con la reproducción de la Sentencia 2.003/2010-R el supremo juez constitucional reposiciona las características y finalidad de la consulta a los pueblos indígenas. Así, por segunda vez, en directa consonancia con los instrumentos internacionales, el TCP establece que la consulta debe ser realizada de buena fe por las partes intervinientes, de manera apropiada a las circunstancias y por intermedio de las instituciones representativas de los pueblos indígenas[55]. Ratifica también el criterio de que la finalidad de la consulta es lograr el consentimiento libre e informado del sujeto colectivo consultado o celebrar un acuerdo con él. No está demás señalar aquí que en estos aspectos el criterio de las y los magistrados del Tribunal es absolutamente correcto, en la medida en que repiten las fórmulas del Convenio y de la Declaración de Naciones Unidas.

No obstante, quienes redactaron el texto de la Sentencia 0300/2012 no se percataron que al reproducir el artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas para fundamentar las características y oportunidad de la consulta previa, al mismo tiempo, se estaban desautorizando a sí mismos en esa arbitraria interpretación de asociar la consulta "*al comienzo de las obras dentro del territorio indígena*", dado que el mandato de la Declaración es inequívoco en sus alcances:

"Artículo 32

[…]

2. *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…"*

Definitivamente, la consulta debe llevarse a cabo antes de aprobar el proyecto, y de ninguna manera "*al comienzo de las obras dentro del territorio indígena"*. No resulta fácil entender la lógica de las y los miembros del TCP cuando introdujeron afirmaciones como ésta en la Sentencia 0300/2012. Pero, sigamos con la reseña de ésta.

Después de reposicionar las características de la consulta y recordar que tiene por finalidad el logro del consentimiento, el fundamento III.4 reafirma también que los pueblos indígenas, salvo en tres casos particulares, no cuentan con poder de veto sobre el objeto de la consulta (medidas legislativas,

55 Idem pág. 29.

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, el Tribunal Constitucional y el TIPNIS
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

administrativas, planes, programas, proyectos, etc.). Dicho en lenguaje del TCP: el consentimiento es la finalidad, *"pero no un derecho en sí mismo"* (v. pág. 31). En esto el máximo intérprete de la Constitución boliviano tiene razón, ya que ese es el alcance que, unánimemente, le asignan a la consulta el Convenio 169 y la Declaración de las Naciones Unidas, lo que ha sido asimismo ratificado por la jurisprudencia internacional.

Dicho lo anterior, la Sentencia pasa a enumerar las tres excepciones en las que la aplicación práctica del objeto de la consulta requiere, como requisito *sine qua non*, del consentimiento de los pueblos indígenas, y lo hace reproduciendo el texto del fallo 2.003/2010-R en los términos siguientes:

***"1.** Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)*

***2.** Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración).*

A los dos supuestos anotados –continúa el TCP– *debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento '(…) cuando se trate de **planes de desarrollo o de inversión a gran escala** que tendrían un mayor impacto dentro del territorio…"* de los pueblos indígenas.

Unos cuantos párrafos más abajo, la Sentencia 0300/2012 no deja margen de duda alguna cuando determina que:

"Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad". (v. pág. 31. Las negrillas y subrayado de esta y la anterior transcripción son nuestras).

Compárese ahora este último párrafo con el del fundamento III.3 reproducido páginas atrás[56]: el TCP denomina megaproyecto (v. gr. una hidroeléctrica, un camino) a lo que la Corte Interamericana alude como "*planes de desarrollo o de inversión a gran escala"*, no obstante de ello, mientras en el fundamento III.3 se asocia la consulta al inicio de las obras, etapa posterior a la aprobación del proyecto o proyectos, en esta última apreciación los pueblos indígenas no sólo *"tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto"*, sino que, por tratarse de un megaproyecto, tendrían potestad de veto, si el emprendimiento amenazase con un gran impacto sobre su territorio.

Continuando con el análisis de la jurisprudencia establecida por el TCP en la Sentencia 0300/2012 merece destacarse que nuestro máximo juez constitucional, acertadamente, decidió adoptar las reglas fijadas por la Corte Constitucional de Colombia[57] para la aplicación de la consulta previa a los pueblos indígenas; reglas resumidas en su Sentencia T-129/2011, emitida el 3 de marzo de 2011 dentro de la Acción de Tutela planteada por el representante del pueblo Embera-Katío contra el Estado colombiano por haber dispuesto éste la construcción de una carretera que, parcialmente, afectaría a su territorio sin haberse realizado la consulta previa. Son once reglas colombianas adoptadas por el TCP y reproducidas in-extenso en la página 32 de la sentencia, de las

8 Ver página 14 de este documento.

9 Decimos acertadamente porque es conocida la orientación progresista de la Corte Constitucional colombiana, así como la interpretación expansiva, bajo el principio pro homine, que hace de los contenidos del Convenio 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

cuales nos vemos obligados a reproducir la iii, iv, v y viii por entrañar ellas contradicciones con la óptica del TCP:

"(iii) *No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.*

(iv) *Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.*

(v) *Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.*

(viii) *Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención:* ***(a)*** *implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad;* ***(b)*** *esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o* ***(c)*** *representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma".*

Estas reglas, especialmente la quinta, demuestran que, en relación con el momento de la consulta, los criterios de la Corte colombiana contradicen el punto de vista del TCP, puesto que para el supremo juez constitucional de Bogotá el diálogo intercultural debe producirse "*en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto"* y no al comienzo de las obras, como postulan las y los magistrados bolivianos. Uno no puede dejar de preguntarse en este punto: ¿cómo pensará el TCP que su criterio concilia con el de la Corte de Colombia? Naturalmente, no se tiene respuesta a la mano para esta interrogante.

En el **fundamento III.4.1**, cuya misión es la de esclarecer el *"alcance de la consulta y sus elementos constitutivos"* (página 34 *in fine*) el TCP avanza en la precisión de algunos de los conceptos propios de ambas dimensiones: el alcance y los elementos constitutivos. Conviene, pues, hacer una apretadísima presentación de las consideraciones allí desarrolladas en torno a la naturaleza previa, informada y de buena fe de la consulta, y de la necesidad de "*un clima de confianza mutua entre las partes"*.

a) **Previa.** El TCP define en los siguientes términos este atributo: *"la consulta debe ser anterior a la ejecución del proyecto, plan, medida o acto que afecte los derechos de los pueblos indígenas o antes de la aprobación de la ley u otra norma que también pueda afectarles"*, "*es decir* –continúa líneas adelante el Tribunal– antes de aprobar cualquier proyecto que afecta a sus tierras o territorio o recursos" (cfr. pág. 35).

Tal parece que el máximo intérprete de la Constitución no pudo sino ceder ante las irrebatibles disposiciones del Convenio y de la Declaración de Naciones Unidas y ante los argumentos de la jurisprudencia internacional (abordados párrafos atrás) y, por ello, desechar, por la vía de una flagrante contradicción, el criterio de que la consulta procedía "*al comienzo de las obras dentro del territorio indígena"* expuesto en su fundamento III.3. Debe asumirse, por tanto, que la definición de "previa" del fundamento III.4.1 es la válida y la que debe considerarse parte de la línea jurisprudencial sentada por el TCP.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

No obstante de ello, a renglón seguido, las y los magistrados suscriben una afirmación polémica. Si la consulta no se realizase en los términos que acabamos de señalar,

"… pues de no ser previa, efectivamente existe una afectación a los derechos de los pueblos indígenas que, en su caso podrá ser denunciada a través de las acciones de defensa previstas en la Constitución Política del Estado, concretamente a través de la acción popular". "Sin embargo –sostiene el Tribunal– *se debe aclarar que, cuando se subsana la omisión inicial y, por ejemplo se lleva adelante la consulta, o se emite una ley disponiendo se efectúe la misma en cumplimiento de la Constitución y las normas internacionales sobre derechos humanos, dicha norma no puede ser considerada inconstitucional o contraria al bloque de constitucionalidad, pues si bien no es previa y, por lo mismo, existió –como se tiene dicho– una lesión a los derechos de los pueblos indígenas; empero, con esa norma se está dando efectividad a un derecho colectivo –aunque sea tardíamente–".*

Con esta afirmación, adosada a la definición del carácter previo de la consulta, el TCP erige una peligrosa doctrina que autoriza la aprobación de medidas legislativas, administrativas, planes, proyectos, etc. sin el respaldo de la necesaria consulta previa, bajo el supuesto de que, ante el reclamo de los afectados, la omisión puede ser subsanada *ex-post*. En el fondo, la lectura del TCP implica una flexibilización *in extremis* de la obligación estatal de respetar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y de organizar esos procesos de participación con la anticipación necesaria.

Cabe recordar aquí que este peculiar criterio del TCP fue asumido ya en la Sentencia 2.003/2010-R[58], pero sin la centralidad y el poder definitorio que adquiere en este fallo. Por ello, tal parece que el supremo intérprete de la Constitución, en el ámbito del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, viene construyendo la doctrina de la subsanación *ex-post*, innegablemente contraria a la teleología de este derecho, delineada en el Convenio 169 y en la Declaración de las Naciones Unidas, y reafirmada en la jurisprudencia internacional.

Queda en pie, sin embargo, una duda: ¿qué debe hacerse cuando se presenta algún caso en que se omitió la consulta previa? Primero, tratarlo como lo que es, una excepción, extraordinaria por tanto. No haber asumido así lo sucedido en la tramitación de las leyes 180 y 222 es uno de los defectos de la Sentencia 0300/2012, en cuya sistemática interna lo excepcionalestá adosado a la definición principal de lo "previo", y sin calificarlo como extraordinario y, por tanto, no repetible. De esas manera, lo que hace el TCP es introducir un sesgo a la concepción de la consulta previa, expresado en esta maleable tesis de la subsanación *ex-post*. En segundo lugar, constatada la excepcionalidad de un caso, que no debe, ni puede ser, sinónimo de designio deliberado, lo recomendable sería anular todo cuanto sea eliminable de las decisiones y acciones avanzadas sin el cumplimiento de la obligación estatal de la consulta, bajo el principio de protección del bien mayor, retrotrayendo los hechos al punto en que puedan ejercerse adecuadamente los derechos fundamentales de participación y de consulta previa de los pueblos indígenas.

b) **Informada.** Para precisar lo que debe entenderse por consulta informada, el TCP acude nuevamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para cuyos miembros una consulta tiene ese carácter cuando los pueblos indígenas tienen *"…conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria…"* (CIDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28

10 Ver el párrafo tres de la página 18 de la sentencia.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

de noviembre de 2007. Serie C N°. 172, párr. 133).

Por ello, *"el carácter informado de la consulta*– continúa el TCP– *se conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas…"*. En suma, implica "*comunicación constante entre las partes*" que intervienen en el proceso del diálogo intercultural (v. pág. 36).

c) **Buena fe.** Esta característica definitoria de la consulta, para el TCP, está vinculada con otros dos caracteres de la misma: con la finalidad de la consulta, es decir, lograr el consentimiento para la ejecución de la medida, acción, política, plan o proyecto, de un lado, y de otro lado, implica ausencia de cualquier forma de coerción sobre las comunidades indígenas y de acciones estatales dirigidas a resquebrajar la cohesión social e institucional del sujeto o sujetos colectivos consultados. Este enfoque de la buena fe, el TCP lo sustenta en las dos citas que transcribimos a continuación:

«*… el Relator Especial de la ONU, sostiene que los términos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas "…sugieren que se hace más hincapié en que las consultas sean negociaciones en procura de acuerdos mutuamente aceptables y se celebren antes de la adopción de las decisiones sobre las medidas propuestas, y no consultas con el carácter de mecanismos para proporcionar a los pueblos indígenas información sobre decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse, sin permitirles influir verdaderamente en el proceso de adopción de decisiones" (ONU – Consejo de Derechos Humanos – Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 46)*». (v. págs. 37 - 38. El subrayado es nuestro).

Nadie dudará, seguramente, que el punto de vista de James Anaya es correcto. No lo hace tampoco el TCP, pero no resulta entendible cómo compatibiliza el Tribunal boliviano su tesis de la subsanación *ex-post* con el enfoque del Relator Especial, quien, conforme se destaca en el subrayado, opina que no son aceptables consultas meramente informativas sobre decisiones ya adoptadas.

La segunda cita del TCP se origina en la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, organismo para el cual:

"La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010, p. 123)". (v. pág. 38. El subrayado es del TCP).

Este segundo texto, con toda su contundencia, se explica por sí mismo y, al mismo tiempo, resulta notoria su familiaridad con los sucesos registrados en el TIPNIS. Debe asumirse, por tanto, que su inclusión en la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS) no es fruto de la casualidad.

d) Clima de confianza mutua entre las partes. Este factor dimana del hecho de que la consulta previa es, íntimamente, un diálogo intercultural amigable. ¿Cómo debe construirse este clima favorable? Para contestar esta pregunta el TCP apela una vez más al Relator Especial de la ONU, quien opina que "para lograr un clima de confianza y respeto muto, el

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

> procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso, y en muchos casos los procedimientos de consulta no son efectivos ni gozan de la confianza de los pueblos indígenas porque los pueblos indígenas no son incluidos debidamente en las deliberaciones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta…". (v. pág. 38. Las negrillas y el subrayado son del original).

Con el respaldo del Relator Especial, el Tribunal concluye con el siguiente mandato:

"… en el caso boliviano, la Constitución Política del Estado hace hincapié en que la consulta además de ser previa, obligatoria, libre e informada y de buena fe, deba ser concertada, pues precisamente, los procedimientos, los sujetos que intervendrán y el contenido mismo de la consulta, deben ser pactados con carácter previo entre el Estado y los pueblos indígenas". (pág. 38. El subrayado es nuestro).

Esta es una directriz del TCP de cumplimiento obligatorio *erga omnes*, es decir en todos los procesos de consulta previa que se organicen de aquí en adelante, y resulta absolutamente vinculante en el caso concreto que dio lugar a la Sentencia 0300/2012.

6. Fundamento III.5. Análisis de las acciones de inconstitucionalidad planteadas

III.5.1. Inconstitucionalidad de la Ley 180. Respecto a esta ley, el juicio de constitucionalidad desarrollado por el TCP enlaza los siguientes términos, presentados esquemáticamente:

a) Al establecer la intangibilidad del TPNIS, la Ley 180 amenaza afectar a los pueblos indígenas que habitan en él y que, al mismo tiempo, son propietarios del territorio, por tanto esta leydebió ser objeto de una consulta previa antes de ser aprobada.

b) Empero, la consultano se realizó, fue omitida.

c) No obstante, este hecho "*no debe ni puede evitar el derecho colectivo de los pueblos y naciones indígenas a pronunciarse, ya sea por su aprobación o rechazo a dicha medida legislativa, mediante la implementación de un proceso de consulta libre concertada e informada, en el que se dará una respuesta positiva o negativa respecto al objeto"* de dicha ley.

d) *"… la Ley 180, -por efecto de la Ley 222-, no puede ser materializada de manera inmediata, ya que sus efectos se encuentran supeditados, a la realización de la consulta"*. De manera que

e) *"… en los hechos, el contenido de la Ley 180, es decir sus elementos dispositivos, serán definidos dentro del proceso consultivo a realizarse al cumplimiento de la Ley 222"*.

f) Y el TCP cierra la cadena de razonamientos afirmando que*"si tomamos en cuenta que la consulta previa es un derecho colectivo fundamental, irrenunciable, inherente a los pueblos indígenas, cuyo núcleo esencial obliga al Estado a realizarla bajo los parámetros establecidos en la presente Sentencia, concluimos que la aplicación de los efectos jurídicos de la Ley 180, están supeditados a los resultados de la consulta a realizarse, que determinará si la intangibilidad es o no aplicable al TIPNIS, y los alcances de la misma producto de la concertación entre los pueblos indígenas y el Estado"*. (v. págs. 40 – 41. El subrayado es nuestro).

Todo ello –concluyen los magistrados–, reforzadoporlaimposibilidaddequeelTribunal se pronuncie sobre la constitucionalidad de la intangibilidad(solicitada en el fondo por los diputados accionantes), "*determina la improcedencia de la demanda de inconstitucionalidad planteada respecto a los arts. 1.III, 3 y 4 de la Ley 180"*.

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

Este razonamiento del TCP se basa en un supuesto:que la acción de inconstitucionalidad procede únicamente contra normas materialmente vigentes y no contra aquellas que, pese a estarlo formalmente, no estarían siendo aplicadas en la práctica, ni lo serán en adelante debido a que su eficacia depende de otra norma. Esta tesis se encuentra dibujada de cuerpo entero en el **fundamento III.2.1**, del cual se transcriben las siguientes afirmaciones del TCP:

"… la condición para impugnar normas consideradas inconstitucionales, es que las mismas se encuentren vigentes o que su contenido no hubiere sido modificado o su validez no esté supeditada por otra norma jurídica o condición; es decir, que no hayan sido sustituidas o condicionadas en su contenido esencial por otra norma jurídica -de manera explícita o tácita; pues, atendiendo a la finalidad de esta acción, que es precisamente depurar el ordenamiento jurídico de normas consideradas inconstitucionales, no tendría sentido pronunciarse sobre una, cuya eficacia está condicionada por otra norma posterior". (v. pág. 23. El subrayado es nuestro).

El texto prevé dos condiciones para la impugnación: a) que la norma esté vigente o no haya sido modificada y b) que su contenido o validez no estén supeditados a otra norma posterior. Respecto a la primera sólo cabe señalar que, salvando la posibilidad de un error descomunal, a nadie que esté en su sano juicio se le puede ocurrir demandar la inconstitucionalidad de una norma que no se encuentre vigente por haber sido eliminada o modificada, pero si tal extremo sucediera, resultará en todo caso fácilmente desechable por ociosa, que es lo que dispusieron, precisamente, todas las sentencias constitucionales citadas más adelante por el TCP[59]. En el ámbito de la segunda condición, es decir en el caso de la impugnación de normas cuyo contenido o *"validez no esté supeditado por otra norma jurídica o condición"*, cabe el análisis de dos escenarios posibles: el primero, configurado por el imperio de la fatalidad entre una y otra norma, entre la condicionada y la condicionante, es decir que los acontecimientos no podránsino avanzar hacia la realización inmediata de la norma condicionante.En este escenario podría reconocerse cierta consistencia a la tesis de la imposibilidad del juicio de constitucionalidad, pero ellano alcanzaráa despejar del todo la duda sobre la subsistencia de la inconstitucionalidad de la primera norma cuando la realización de la segunda no la elimina totalmente. ¿En casos como este, habrá que esperar a que ello suceda para intentar la acción de inconstitucionalidad? Pareciera que el TCP está creando un nuevo tipo de control de constitucionalidad, al que podríamos denominar "condicionado y diferido".

El segundo escenario viene marcado por la no aplicación de la norma condicionante, factible de suceder por múltiples razones;dado este escenario ¿qué debe esperarse de las disposiciones formalmente vigentes de la norma condicionada, impugnadas por inconstitucionales, sabiendo que mientras el órgano competente no declare su invalidez las protege la presunción de constitucionalidad? Veamos esto en el caso del TIPNIS, ¿qué debe esperarse de las disposiciones de la Ley 180 si la consulta convocada por la Ley 222, debido a la elevada conflictividad social y política, no se lleva a cabo? La Ley 180, como lo ha reconocido el TCP, es inconstitucional porque declara intangible al territorio indígena sin haberse consultado la medida con los afectados, consecuentemente, la Sentencia 0300/2012 terminaría convalidando la inconstitucionalidad de esta ley ya que declaró la improcedencia de la demanda de los diputados nacionales. Así, este segundo escenario devela los fundamentos poco sólidos del razonamiento del "máximo intérprete de la Constitución" boliviana.

11 Ver la página 52 de la Sentencia.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

III.5.2. Inconstitucionalidad de la Ley 222.

En el caso de la Ley 222, la Sentencia que venimos comentando enjuicia constitucionalmente cada uno de los artículos impugnados.

a) **Respecto al artículo 1º de la Ley**, que fija como objeto de la ley la convocatoria a la consulta previa a los pueblos indígenas del TIPNIS y el establecimiento del contenido y procedimientos del proceso. El TCP considera que este artículo no viola ningún mandato constitucional porque

"… si bien es obligación del Estado –en el marco de la Constitución Política del Estado y el Convenio 169 de la OIT– el realizar una consulta previa cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a un pueblo indígena originario campesino, ello no implica que ante la omisión de la consulta previa, esa situación siga soslayándose en el tiempo, al contrario, identificada dicha carencia, la consulta como tal -independientemente de que no hubiese sido previa- debe realizarse en cuanto a la materialización de un derecho de dichos pueblos que precisamente responde al alcance y finalidad de la consulta". (v. pág. 42).

La tesis de que la omisión de la consulta previa no debe perdurar en el tiempo porque entrañaría la persistencia de la violación de los derechos de los pueblos indígenas es correcta. Y lo es tanto que constituye, al mismo tiempo, razón suficiente para que el TCP disponga también la eliminación o suspensión de todas las acciones y medidas que integran el *factum* de la conculcación de los derechos hasta que se materialice la consulta. Empero, el Tribunal optó por declarar simplemente la constitucionalidad de la Ley 222, como veremos a continuación, vale decir se orientó por la doctrina de la subsanación *ex-post.*

b) **Respecto a los artículos 1, segunda parte,3, 4, inciso a), y 9 de la Ley 222**, que establecen el proceso y procedimiento de la consulta**.** Laevaluación del Tribunal de estos artículos se basa en la siguiente cadena lógica:

i. El ejercicio del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas "*conlleva a que su realización se efectúe en el marco del consenso y de los procedimientos que el o los mismos pueblos consultados determinen, en base siempre, a su cosmovisión, costumbres y forma de vida"* (v. pág. 47. El subrayado es nuestro).

ii. La relación entre el Estado y las comunidades indígenas debe ser horizontal, entre iguales y marcada por la concertación.

iii. Por ello, "*el proceso, sus elementos, los procedimientos, plazos y cronograma establecidos en los arts. 1 en su segunda parte, 3, 4, inc.a), y 9 de la Ley* 222*, son y deben ser concertados con las naciones indígenas en el plano de la igualdad, en la que no prevalezca ni uno ni otro,[…] una interpretación e implementación diferente generaría una vulneración de los derechos de los pueblos indígenas, o en su caso la inviabilidad de la consulta*…" (v. pág. 48. El subrayado es nuestro).

iv. *"Por lo tanto* –concluye el Tribunal– *los arts. 1 en su segunda parte, 3, 4 inc. a), y 9 son constitucionales siempre y cuando su implementación sea de acuerdo al marco jurídico constitucional y se desarrolle en base a los principios de igualdad, de buena fe, concertación, transparencia y flexibilidad que debe primar en la relación horizontal entre el Estado y las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos".*(v. pág. 48).

Orientado con estas premisas,acertadas desde todo punto de vista, el TCP podía optar por una de dos vías: declarar la inconstitucionalidad de los artículos 4, inciso a), y 9 de la Ley 222 porque implican fijación

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

unilateral, por parte del Estado, de los temas y procedimiento de la consulta, o, segunda vía, supeditar la vigencia de esas disposiciones a la concertación *ex-post* entre el Estado y los pueblos indígenas, vía en la que se sentiría la necesidad de reglas claras para el caso de que el consenso no pueda materializarse. Es obvio que el Tribunal optó por esta segunda vía, pero lo hizo sin señalar la salida ante una concertación infructuosa, contribuyendo así al clima de incertidumbre dejado por la parcial y cuestionada consulta llevada a cabo con sólo algunas comunidades del TIPNIS. ¿En qué situación quedó la SCP 0300/2012 una vez que el gobierno sólo logro acuerdos con las comunidades indígenas y campesinas afines a él? ¿Los artículos 1, segunda parte, 3, 4, inciso a), y 9 quedaron como inconstitucionales, dado que no se cumplió del todo el diálogo exitoso como condición de validez?

c) Sobrelos arts. 6 y 7, cuya función es la de establecer las obligaciones y atribuciones de los órganos estatales que participan en el proceso de consulta, el TCP recuerda que por mandato del artículo 30.II.15 de la Constitución, concordante con el Convenio 169, la realización de la consulta previa es una obligación del Estado, que debe ser cumplida respetando la horizontalidad y mediante procedimientos adecuados previamente concertados con los pueblos indígenas. Con ese sustento, la Sentencia declara la constitucionalidad de los artículos 6 y 7 de la Ley 222, condicionando, empero, la vigencia del 6 a la celebración de los acuerdos procedimentales. Este último elemento abre la puerta para reproducir aquí las dos interrogantes abiertas en el punto anterior, vale decir preguntarnos ¿cuál la situación del artículo 6 de cara a los forzados acuerdos conseguidos por el gobierno con sólo sujetos afines a él, con los que se llevó a cabo la consulta?

d) Y en relación al artículo 8, que fija el plazo para la consulta, el TCP hace notar que esa disposición fue eliminada por la posterior Ley 240, por lo que se inhibe de emitir juicio de constitucionalidad. El razonamiento es correcto, pero elude el problema de fondo, cuál es la fijación unilateral, por parte del Estado, de un plazo perentorio para la consulta previa, violentando de ese modo todos los presupuestos del diálogo. De suerte que, siguiendo la lógica utilizada en la valoración de las otras disposiciones procedimentales, el TCP, con el poder que le confieren los artículos 107.4 y 108 de la Ley 027 (Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional) estaba obligado a declarar la inconstitucionalidad de la Ley 240, o su constitucionalidad condicionada al menos, pero, inexplicablemente, no dio el paso, cuyas repercusiones estratégicas se materializaron en la polémica consulta llevada a cabo en el TIPNIS meses después de la sentencia.

Con todos los insumos anteriores y antes de ingresar a la parte resolutiva de la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS), los máximos jueces constitucionales bolivianos no encontraron mejor cláusula de cierre que la siguiente:

"Como coralario de todo lo explicado, -dice el TCP- *se concluye que el hecho que la Ley 222, no tenga en sí* ***carácter previo,*** *no es un fundamento para declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley, pues, como se ha explicado reiteradamente, la consulta, aun no sea previa, da efectividad a un derecho de carácter colectivo de las naciones y pueblos indígenas…"*. (v. pág. 53. Las negrillas son del original).

Vale decir, la doctrina de la subsanación *ex-post* de cuerpo entero. Se entiende, entonces, aunque no se compartan, total o parcialmente, por qué las y los magistrados del TCP decidieron emitir el fallo en los siguientes términos:

1. Declarando **improcedente** la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada contra los artículos 1, parágrafo III, 3 y 4 de la Ley 180.
2. Afirmando la **constitucionalidad** de los

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 59 - 82

artículos 1, parte primera, y 7 de la Ley 222, es decir, validandola convocatoria al proceso de consulta a los pueblos indígenas del TIPNIS.

3. Proclamando la **constitucionalidad condicionada** delos artículos 1,segunda parte, 3, 4, inc. a), 6 y 9 de la Ley 222, cuya vigencia quedó supeditada a la concertación entre el Estado y los pueblos indígenas.
4. Declarando **improcedente** la acción de inconstitucionalidad abstracta formulada respecto al art. 8 de la Ley 222.
5. *"Instando a los pueblos indígena originario campesinos habitantes del TIPNIS, a que en ejercicio de sus derechos y con el objeto de materializar los mismos, coadyuven con su participación a entablar un diálogo con el Estado, a objeto de asumir los acuerdos necesarios para efectivizar la consulta…".*
6. Exhortando a la Asamblea Legislativa Plurinacional a coadyuvar en la facilitación de la concertación y en la configuración posterior de los acuerdos asumidos.
7. *"El Órgano Ejecutivo* –dice en tono imperativo el fallo–, *en cumplimiento de sus funciones constitucionales, y en resguardo de los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, debe propiciar y facilitar el diálogo necesario con dichos pueblos, a objeto de que a partir de la concertación, no sólo se desarrolle la consulta, sino que se concreten todos los planes y proyectos* [aunque] *no sean únicamente de beneficio de dichos pueblos, sino también los que involucran el interés nacional".*
8. Y la Sentencia 0300/2012 (TIPNIS) concluye con un anuncio previsor, explicable únicamente si se asume que las y los magistrados del TCP estaban conscientes de las condiciones políticas adversas desatadas por la decisión gubernamental de construir la carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos. La última determinación dice:

"Ante el incumplimiento de los términos desarrollados en la presente Sentencia, referidos al proceso de consulta, se tendrán expeditas las acciones tutelares para activar la justicia constitucional, en defensa de los derechos fundamentales colectivos inherentes a los pueblos indígenas".

¿Incumplimiento de parte de quién? Dado que el TCP anuncia que están disponibles las "*acciones tutelares para activar la justicia constitucional"*, más propiamente la Acción Popular, según vimos páginas atrás, debe asumirse que los magistrados, cuando adoptaron la octava decisión, estaban pensando en el incumplimiento gubernamental. Queda así identificado el "objeto de estudio" de una investigación complementaria, consistente en la adecuación de la consulta llevada a cabo en el TIPNIS meses después de la sentencia, con los términos y condiciones definidos por ésta.

Bibliografía citada

Gaceta Oficial de Bolivia

"Constitución Política del Estado". Edición NCPE, febrero de 2009, La Paz. Disponible en: http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/index.php/normas/buscar.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia en el caso Embera-Katío vs. Estado colombiano, Sentencia T-129/2011, de 3 de marzo de 2011. Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencia en el caso Saramaka vs. Surinam, Serie C N° 172, de 28 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es.

Organización Internacional del Trabajo

Publicación de la Carrera de Derecho Instituto de Investigaciones y Seminarios
UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

"Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales", 1989. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publications/wcms_345065.pdf

Organización de las Naciones Unidas

"Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas", 2007, (A/RES/61/295**). Disponible en: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement.

"Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya", A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009.

Tribunal Constitucional Plurinacional

SC 2003/2010-R, de 25 de octubre de 2010.

SC 0300/2012 (TIPNIS), de 18 de junio de 2012.