Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas
REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

Componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos*

*Estenka Quintanilla López***

Presentado: Noviembre 24 de 2015 • Aceptado: Diciembre 15 de 2015

Resumen

Los Derechos de los pueblos indígenas en la actual Constitución Política del Estado se encuentran como uno de los temas centrales de análisis debido a que el Estado Boliviano ha reconocido varios tratados y convenios internacionales que versan sobre la protección de los derechos de los pueblos indígenas fundamentalmente el derecho de la autodeterminación de los pueblos que se encuentra íntegramente relacionado con el derecho a la consulta previa que es un derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas de poder decidir sobre medidas judiciales, administrativas, cuando se vaya a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera se busca proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación y autodeterminación de los pueblos. La base de la consulta previa es el derecho a decidir sobre las prioridades que surgen en el proceso de desarrollo en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional en los cuales sean susceptibles de afectación.

Palabras clave: Pueblos indígenas, componentes sustanciales, consulta previa. Autodeterminación, Derechos.

Essential components of prior consultation of indigenous peoples as an instrument to ensure the right to self-determination of people

Abstract

The Rights of Indigenous Peoples in the current Constitution of the State are one of the central themes of analysis, because the Bolivian government has recognized several international treaties and conventions that deal with the protection of the rights of indigenous peoples, fundamentally right of self-determination of people, which is integrally related to the right to prior consultation. The fundamental right of indigenous people is to decide on judicial and administrative matter, when it comes to execution of projects, constructions or activities within their lands, seeking in this way to protect its cultural, social and economic integrity and ensure the right to participation and self-determination. The basis of the consultation is the right to decide on the priorities that emerge from the process of development in the formulation, implementation and evaluation of plans and programs for national and regional development, which are capable of involvement.

Keywords:

Intraculturality, interculturalism, decolonization, productive, community, educational curricula, mainstream, living well, pedagogical organization, multilingual.

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

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

1. Introducción

La consulta previa de los pueblos indígenas, es uno de los mecanismo de participación de las comunidades y pueblos indígenas que se encuentra reconocido en la actual Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia el bloque de constitucionalidad, la aplicación preferente de los derechos humanos más favorables y la cláusula abierta de derechos indígenas, que son los medios que brindan la protección y tutela a las comunidades indígenas en nuestro territorio y la puesta en marcha de políticas públicas para su defensa y aplicación.

Los instrumentos internacionales del Derecho de los Pueblos Indígenas, parten del análisis del concepto de la consulta previa, entendiéndose como el proceso de diálogo intracultural e intercultural concertado entre el Estado y las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, Comunidades Interculturales y el Pueblo Afroboliviano, sectores de nuestra sociedad susceptibles de ser afectados directamente en sus derechos colectivos.

La consulta previa, al ser un mecanismo de participación de los pueblos indígenas, es un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado y legislativa, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los Pueblos Indígenas en sus aspectos territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico, de salud y otros aspectos que incidan en su integridad étnica.

2. Identificación de la problemática

El presente trabajo, nace de la necesidad de conocer los *componentes sustanciales* de los derechos de los pueblos indígenas, que se encuentran incluidos en el marco constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia y que en su esencia, protegen los derechos civiles, políticos y colectivos de los Pueblos Indígenas, entre ellos el derecho a la autodeterminación, que es el fundamento de la libertad y la autonomía de los pueblos tanto de carácter individual como colectivo; y otorga a los pueblos el derecho y la libertad de disponer de sí misma, según su propia cultura su historia, costumbres y territorio.

En este sentido, la presente investigación plantea lo siguiente: ¿La ausencia de identificación y la aplicación de los componentes sustanciales de la consulta previa en las leyes de desarrollo constitucional del Estado vulnera el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas?

El enfoque de este trabajo es conocer desde un punto de vista doctrinal, el instrumento de la consulta previa de los pueblos indígenas como un elemento fundamental de la autodeterminación de los pueblos. Para ello, se estudia la normativa protectiva internacional que dará al trabajo un espectro amplio sobre los derechos objetivizados en la consulta previa.

Desde el punto de vista jurídico, el presente trabajo tiene relevancia jurídica por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones políticas de los Estados, otorgando garantías, derechos fundamentales y reconociendo la personalidad jurídica individual o colectiva siendo los pueblos indígenas sujetos de derechos y obligaciones dentro de los Estados. El análisis del tema coadyuvará a otros estudios que se realicen sobre la consulta previa, dentro del *Constitucionalismo Comunitario*.

3. Objetivos de la investigación

2.1. Objetivo general

Identificar los componentes sustanciales de la consulta previa de los pueblos indígenas como instrumento para garantizar el derecho

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

a la autodeterminación de los pueblos.

2.2. Objetivo específicos

- Determinar los mecanismos de participación democrática de los pueblos indígenas en el Estado Plurinacional de Bolivia.
- Identificar las normas de protección de los derechos de los pueblos indígenas aplicables en el ámbito nacional e internacional.

3. Hipótesis

"El marco constitucional actual del Estado Plurinacional de Bolivia no permite la correcta aplicación de los componentes sustanciales de la consulta previa, que es un instrumento fundamental para garantizar el derecho de la autodeterminación de los pueblos indígenas".

CAPITULO I. ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS PROTECTIVOS INTERNACIONALES

1. CONVENIO Nº 169 DE LA OIT

Las distintas acciones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en beneficio de los Pueblos Indígenas y Tribales y la preocupación por el Trabajo forzado realizado por las comunidades indígenas, dio origen a la adopción del Convenio Nº 29 sobre el Trabajo Forzado en 1930, que sirvió para la cooperación y adopción de medidas para la creación de políticas para los Pueblos Indígenas.

Entre 1952 a 1972 bajo el liderazgo de la OIT, se inicia el Programa Indigenista Andino con la participación de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador; Perú y Venezuela, realizado a favor de 250.000 indígenas. Mientras tanto, la organización Internacional del Trabajo realizó la publicación del libro sobre "Poblaciones Indígenas, condiciones de Vida y Trabajo de las Poblaciones Aborígenes en los Países Independientes".

Posteriormente, en 1957 se adopta el Convenio Nº 107 sobre las Poblaciones Indígenas y Tribales, que fue ratificado por 27 países. Finalmente, en 1989 se adopta el Convenio Nº 169 sobre "Los Pueblos Indígenas y Tribales" por la Organización Internacional del Trabajo[60].

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE 1994 (BOLIVIA)

La Constitución Política del Estado de 1994, reconoce los Derechos de los pueblos indígenas y además realiza la inclusión de la diversidad de los pueblos indígenas de tierras altas y bajas , sus usos, costumbres, adquiridos por el transcurso del tiempo, esencialmente acepta el reconocimiento del indígena invisibilizado desde la conquista, su derecho a la administración de justicia comunitaria , de acuerdo a los principios y costumbres establecidos para la resolución de conflictos por los diferentes grupos indígenas.

Artículo 1° Parágrafo primero "Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos".

Artículo 171° Se reconocen, se respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones[61].

3. DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Para la presente investigación se abarca la

1 Organización Internacional del Trabajo (1994). Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del convenio Nº 169. (ed. 1994) Ginebra. Suiza.

2 República de Bolivia (2004). Ley N° 2650. Constitución Política del Estado, 13 de abril de 2004. Gaceta Oficial de Bolivia. Art. 1.

temática de la Consulta Previa de los Pueblos indígenas se encuentran de manera clara y precisa en el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas que se detalla a continuación:"Preocupada por el hecho de los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado entre otras, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, lo que le ha impedido ejercer, en particular, su derecho de conformidad con sus propias necesidades e intereses".[62]

Esta frase dentro del preámbulo describe el proceso de restitución de los derechos indígenas Originarios que han sido enajenados y que actualmente se encuentran reconocidos en la Constitución Política en su Artículo 20.

El Estado Boliviano ratifico la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas asumiendo compromisos de cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas y particularmente del derecho de autodeterminación que significa toma de decisiones por parte de los pueblos indígenas acerca de su territorio y recursos naturales que se encuentran reconocidos y fundamentalizados en la Constitución Política del Estado.

En el Articulo del mismo cuerpo legal indica en el parágrafo segundo "Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras y recursos. Este articulo guarda relación con el Articulo 10 donde se indica: "Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras y territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y siempre que sea posible la opción de regreso.

El componente esencial de la consulta previa es el consentimiento libre previo informado a los sujetos activos los pueblos indígenas además se recalca el elemento de una compensación económica justa y equitativa para la comunidad indígena que será concordante con el Articulo 19 "Los Estados celebraran consultas y cooperaran de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado".

La Declaración también identifica de manera clara el concepto de consulta previa que debe ser aplicado por los países signatarios se establece la necesidad del respeto a los derechos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos.

4. RATIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS

Fue realizada la ratificación en la presidencia de Evo Morales Ayma por Ley de la República N° 3760 de 7 de noviembre de 2007, aprobada en la sexagésima segunda sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas donde se aprueba La Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas que fue fundamentalizada en la reforma de la Constitución política del Estado de 2009.

5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DEL 2009

En la Constitución Política del Estado se reconoce en su Art° 30 en el Capítulo Cuarto Los Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena originario campesino.

3 Organización de las Naciones Unidas (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos Indígenas, preámbulo.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

6. LEY DEL RÉGIMEN ELECTORAL

Modifica el Artículo 39 de la Ley N° 026, *Ley del Régimen Electoral Plurinacional*, de 30 de junio de 2010, con la siguiente redacción:

Articulo 39° La Consulta previa es un mecanismo constitucional de democracia 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.[63]

La población involucrada participa de forma libre, previa e informada en los siguientes aspectos.

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

b) Se solicitará de manera fundamentada la realización de procesos de consulta previa libre e informada a requerimiento expreso de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano que representan y que consideren pueden ser susceptibles de afectación.

7. DECRETO LEY Nº 180

La consulta previa es plasmada en el Decreto Ley Nº 180, sin embargo a raíz de movilizaciones posteriores a la promulgación de la ley que protegía el TIPNIS, en fecha 10 de febrero de 2012, se promulgó la Ley N° 222, cuyo objeto era convocar al proceso de consulta previa, libre e informada a los pueblos indígenas del TIPNIS, así como establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos que serán desarrollados en la investigación.

4 Estado Plurinacional de Bolivia (2010). Ley Electoral N° 026 de 30 de junio de 2010.

CAPITULO II. DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El derecho a la libre determinación es el primer derecho colectivo que permite ejercer todos los demás. Queda reconocido en los instrumentos internacionales como atributo de todos los pueblos y es considerado como una herramienta esencial para la supervivencia y la integridad de sus sociedades y culturas. Este matiz es importante, ya que implica la obligación por parte de los Estados de negociar con una entidad colectiva poseedora de derechos preexistentes a su creación e independientes de su buena voluntad. También puede incluir la posibilidad de un recurso exterior en caso de que no se pueda llegar a un acuerdo.

1. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO A LA DETERMINACIÓN

Cuando se analiza los principales textos de Naciones Unidas (Carta, Pactos, Declaraciones y Resoluciones de la Asamblea General), se desprende que el goce del derecho de los pueblos a la libre determinación, que depende en particular de los siguientes elementos:

a. La libre elección de la condición política y del desarrollo económico, social y cultural;
b. La soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales;
c. La igualdad de los derechos de los pueblos;
d. La no discriminación;
e. La igualdad soberana de los Estados;
f. El arreglo pacífico de las controversias;
g. La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones y en las relaciones internacionales;
h. La abstención del recurso a la fuerza;
i. La cooperación internacional y el respeto por parte de los Estados de sus compromisos internacionales en particular en materia de derechos humanos.

2. SUJETOS DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS.

Los gobiernos: en la mayoría de los casos, los gobiernos poseen una postura reticente en torno a la implementación de los procesos de consulta previa, pues ello implica la necesidad de consultar sobre la implementación de sus propias políticas públicas y, por lo tanto, ello implica la delegación de la toma de decisión a otras instancias ajenas al partido de gobierno.

Las empresas: Son también sujetos que tienen el único interés de obtener la mayor cantidad de ganancia posible en el menor tiempo a la hora de llevara delante cualquier proyecto; por lo tanto, si la consulta previa significa, de alguna forma, un retraso en sus actividades o un costo adicional para la implementación de las mismas, dichas entidades prefieren dejar de lado este proceso o, por otro lado, si aceptan, con certeza incorporarán los costos de consulta y negociación con los pueblos indígenas a la estructura de costos del proyecto, elevando el costo final del mismo[64].

Pueblos Indígenas. "Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y las precoloníales que se desarrollaron en sus territorios, Son los sujetos por excelencia de la consulta previa que hacen prevalecer el respeto a la autodeterminación de los pueblos indígenas genera tres posiciones en torno a la implementación del proceso de consulta previa: una de ellas se arraiga a la naturaleza del poder público y su capacidad para la toma de decisiones; la otra, en el riesgo de la obtención de ganancias en la realización de determinado proyecto y, la tercera está abocada al respeto de la posibilidad de las naciones y lospueblos indígena originario campesinos vetara aquellas medidas gubernamentales que puedan alterar el desarrollo normal de sus actividades.[65]

CAPITULO III. COMPONENTES SUSTANCIALES DE LA CONSULTA PREVIA

De acuerdo a la hipótesis planteada en el presente Trabajo de investigación "La aplicación de los componentes sustanciales de la consulta previa en las leyes de desarrollo constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, garantiza el derecho de la autodeterminación de los pueblos indígenas", tiene como finalidad la identificación y aplicación de los componentes sustanciales de la consulta previa por parte del Estado y los pueblos indígenas donde se logre el consentimiento previo a la aplicación de las medidas legislativas y administrativas con efectos en los territorios indígenas ancestrales.

La legislación Nacional e internacional establece que se realiza la consulta: "a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". Los casos en que el Estado debe consultar a los pueblos indígenas se detallan a continuación:

a) Medidas legislativas: Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente se establece que la consulta constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas para asegurar la subsistencia como grupo social se observaran dos situaciones:
b) Los Recursos Naturales con relación a la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.
c) La enajenación (transmisión de tierras) se considera su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma los derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad".

5 Fundación Konrad Adenauer (2012). El Derecho a la Consulta Previo de los Pueblos en América Latina, págs. 32,33.

6 Fundación Konrad Adenauer (2012). El Derecho a la Consulta Previo de los Pueblos en América Latina , págs. 32,33.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

1. COMPONENTES DE LA CONSULTA PREVIA

Los componentes sustanciales de la consulta previa, si bien se encuentran reconocidos en la actual Constitución Política del Estado, no se ha logrado la identificación y aplicación en las leyes de desarrollo constitucional vulnerando el derecho humano de la autodeterminación de los pueblos en el país. Estos componentes son los siguientes:

Consentimiento previo.- Es lograr la voluntad expresa a través de un acuerdo entre el Estado y las naciones y pueblos indígena antes de la aplicación o adopción de medidas administrativas y legislativas con la aceptación plena y consensuada por el pueblo indígena.

Respeto a la Libre Determinación de los pueblos.- El respeto a libre determinación de los pueblos implica que los pueblos puedan decidir sobre cómo vivir en el Estado con sus costumbres con la visión de vida que se ha formado dentro de la comunidad que es compartida por sus miembros, también la libre elección y decisión sobre sus territorios y recursos naturales este derecho pone límites a la injerencia del Estado su vulneración significaría una flagrante violación a Derecho fundamentales y Derechos Humanos.

Interculturalidad.- En la realización de un Consulta Previa es la interacción entre dos o más culturas de un modo horizontal y sinérgico es esencial una condición que favorece a la integración y la convivencia armónica de todos los individuos esta gestión de la diversidad cultural en los procesos de consulta, donde convergen las visiones del Estado y de las naciones y pueblos indígenas.

Obligatoria.- En relación a la obligación que tiene el Estado para realizar la consulta al pueblo indígena que será afectado, la consulta debe ser informada con anterioridad también se debe tomar en cuenta otorgar una contraprestación económica o de otra naturaleza a cambio del territorio indígena y los recursos naturales utilizados en beneficio de la sociedad se debe ofrecer la garantía de la efectivización de su cumplimiento.

Interés Directo y Representatividad.- La consulta previa debe ser directamente consultada al pueblo indígena afectado informando sobre la aplicación de la medida administrativa, plan, programa, proyecto, obra o actividad, la consulta se realizará a las comunidades de las naciones y pueblos indígena susceptibles de ser afectadas y se conversara y se llegaran acuerdos solamente con representante debidamente legitimados por la comunidad que tengan voz.

Previa.- Uno de los componentes fundamentales es que la consulta previa debe ser realizada de forma anticipada a la aplicación de una medida administrativa, plan, programa, proyecto, obra o actividad, que genere afectación a los pueblos indígenas porque si se realiza de manera posterior se genera la vulneración de derechos a las comunidades indígenas.

Reparadora.- La consulta previa al ser un mecanismo de comunicación entre el Estado y el pueblo indígena respecto a la restricción de los derechos a los pueblos indígenas debe ser compensada económicamente o de otra manera de acuerdo al grado de la afectación del pueblo indígena.

Ponderación de Derechos.- Se deberá observar el bien jurídico tutelado en relación a la afectación de los derechos colectivos de la comunidad Indígena que deben ser respetados y tutelados por el Estado, y los de la sociedad los cuales deben ser analizados con el único interés de protección de un bien jurídico mayor.

Territorialidad.- El Estado en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado, en los procesos de consulta, deben respetar la integralidad de los territorios ocupados colectiva y ancestralmente por las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales

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

anteriores a la conquista que se traduce en la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza.

Vinculante.- En el procedimiento de Consulta previa se impone una obligación efectiva al Estado quien valora la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales. Los componentes sustanciales de la consulta previa deben ser tomados en cuenta en la redacción de la Ley de desarrollo constitucional básicamente porque permitirá que la ley se llegue aplicar de manera real no enunciativa la consulta previa, se debe realizar un procedimiento que proteja respete la dignidad y los derechos de los pueblos indígenas dejando la idea de restricción involuntaria que se encuentra construida en el pensamiento colectivo de la sociedad frente a un Estado.

En el presente análisis se debe mencionar que los pueblos indígenas al participar en un Consulta previa deponen sus propios intereses supuestamente por un interés mayor que permite no solo al pueblo indígena mejores condiciones sino a la sociedad en general.

El obstáculo principal es la comprensión del derecho al desarrollo en las visión del Estado y el pueblo indígena una dicotomía interesante desde la investigación que se realiza y la pregunta será cual es el derecho que será ponderado el derecho colectivo de la sociedad que en muchos casos pide el desarrollo o el de la comunidad indígena o incluso el derecho de las generaciones futuras que sin tener existencia física se encuentran afectadas la característica central será el componente previo un estudio medioambiental debe ser realizado con anterioridad, se debe dejar la lógica discursiva del derecho al desarrollo frente a la degradación de la existencia de todos.

Uno de ellos es el derecho a las generaciones futuras que si bien no tienen existencia presente se encuentran protegidos dentro del marco constitucional y se debe tomar en cuenta algo muy interesante la misma Constitución en su Artículo 135 faculta la presentación de la Acción Popular procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución esta acción podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos.

Bajo esta lógica se habría una legitimación activa muy amplia para la presentación de acciones que tiendan a proteger al medioambiente como se dio en el caso del TIPNIS CON LA SENTENCIA 300 CABE MENCIONAR QUE EL ESTADO DEBE PRECAUTELAR LOS INTERESES DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA SOCIEDAD EN GENERAL Y SU FUNCIÓN ESENCIAL SERÁ LA PAZ SOCIAL Y LA JUSTICIA SOCIAL SEGÚN EL CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL COMUNITARIO Y QUE DEFENDERÁ EL DERECHO A LA MADRE DE TIERRA PARA TODOS LOS BOLIVIANOS.

La consulta previa debe ser realizada tomando en cuenta el interés del pueblo indígena consultando observando la afectación y limitación de los derechos de la comunidad obligando al Estado a cumplir con las obligaciones asumidas que tiendan a preservar las bases esenciales del pueblo indígena sin afectar o lesionar mas derechos de los que son restringidos para el beneficio de la sociedad.

2. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Cuando el Estado no cumple con una de las obligaciones correlativas al derecho a la

REVISTA JURÍDICA DERECHO
ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

autodeterminación y a la libre disposición de las riquezas y recursos naturales, las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada – reparación, compensación – y/o a una garantía de no repetición.

En la realidad, las posibilidades de tener acceso a la justicia en caso de violaciones del derecho a la autodeterminación y a la libre disposición de riquezas y recursos naturales y de obtener reparación o compensación dependerán en gran medida no sólo de la información y de los mecanismos de control disponibles a nivel nacional, regional e internacional, sino también a las relaciones de fuerza entre las movilizaciones nacionales e internacionales, se menciona que existen tres tipos de mecanismos de control disponibles:

a. Los mecanismos de control judicial un juez nacional por ejemplo- que dicta decisiones de obligado cumplimiento para los poderes políticos;

b. Los mecanismos de control quasi judiciales -los órganos de tratados de la ONU por ejemplo que hacen recomendaciones al Estado tras haber recibido una comunicación y haber oído a los dos partes;

c. Los mecanismos de control extrajudicial – un Relator Especial de la ONU por ejemplo que hacen recomendaciones al Estado, por ejemplo en base a una misión realizada sobre el terreno.

CAPITULO IV. PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES DE LA CONSULTA PREVIA

Los procedimientos establecidos en la Constitución para la consulta previa afirman que es un derecho de la comunidad preservar su integridad y dignidad que permite a su vez que se efectivice el derecho de participación política en la toma de decisiones a los pueblos indígenas. Las autoridades indígenas ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, en conformidad con sus propias normas siempre que no sean contrarios a la Constitución Política del Estado.

Al aplicar la consulta previa, libre e informada se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía, autogobierno, cultura propia, y el derecho de definir sus prioridades en el proceso de desarrollo. El Convenio 169 de la OIT señala que "las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse…con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

En el caso específico de los recursos naturales, el Convenio establece que se realiza la consulta: "a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

En la sentencia Constitucional 300/2010 expresa que la consulta "constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social".

La Constitución Política del Estado en el **Articulo 239** "Establece que el procedimiento de 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 que es detallado a continuación:

1. INICIO DEL PROCESO DE CONSULTA PREVIA

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.

2. OBSERVACIÓN Y ACOMPAÑAMIENTO

El Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), realizará la observación y acompañamiento de los procesos de Consulta Previa, de forma coordinada con las organizaciones e instituciones involucradas. Con este fin, las instancias estatales encargadas de la Consulta Previa informarán, al Órgano Electoral Plurinacional con una anticipación de por lo menos treinta (30) días, sobre el cronograma y procedimiento establecidos para la Consulta.

INFORME. Luego de la observación y acompañamiento, el Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE) elaborará un Informe de Acompañamiento en el que se señalará los resultados de la consulta previa. El Informe, con la inclusión de material audiovisual, será difundido mediante el portal electrónico en internet del Tribunal Supremo Electoral.

A su vez, en el marco La Ley Nº 180 se establece que el proceso de consulta deberá contener, al menos, las siguientes etapas:

Fase 1 Preparación de la consulta

a. Cronograma y protocolo de la consulta.
b. Acopio de la información pertinente.
c. Notificación previa.
d. Publicidad de la consulta.
e. Provisión de información pertinente.

Fase 2: Instalación y desarrollo de la consulta

a. Comunicación a los pueblos mojeño-trinitario, chimane y yuracaré de toda la información necesaria y suficiente, para el desarrollo y cumplimiento de la finalidad de la consulta.
a. Consideración y definición sobre si el TIPNIS es zona intangible o no, y sobre la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos.
a. Consideración y decisión sobre las medidas de salvaguarda para la protección del TIPNIS, así como las destinadas a la prohibición y desalojo inmediato de asentamientos ilegales, respetando la línea demarcatoria, y determinar, si fuera el caso, los mecanismos para mantener la zonificación establecida en el Plan de Manejo del TIPNIS.

Fase 3: Resultados de la consulta

a. Suscripción de actas de conclusiones.
a. Notificación de las decisiones.[66]

A su vez, la Ley N° 222 establece, por un lado, que los acuerdos logrados en materia legislativa o administrativa que serán ejecutados inmediatamente después de la consulta por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el Órgano Ejecutivo y, por otro lado, que este proceso de consulta duraría un plazo máximo de 120 días desde su promulgación. Sin embargo, mediante la Ley N° 273, de 7 de septiembre de 2012, el plazo de la consulta previa se amplió hasta 301 días.

Se debe mencionar que la Ley N° 222 establece, por un lado, que los acuerdos logrados en materia legislativa o administrativa serán ejecutados inmediatamente después de la consulta por la Asamblea Legislativa Plurinacional y por el Órgano Ejecutivo y, por otro lado, que este proceso de consulta duraría un plazo máximo de 120 días desde su promulgación. Sin embargo, mediante la Ley N° 273 otorga el plazo de la consulta previa se amplió hasta 301 días. El fundamento de la consulta se

7 Estado Boliviano, Ley Nº 222 de 7 de febrero de 2015.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

encuentra entonces en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, en el derecho de dichos pueblos de participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

3. LA DEMOCRACIA COMUNITARIA EN EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS

La Constitución Política del Estado reconoce a la democracia comunitaria o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que se remite a la elección de autoridades según las costumbres de la comunidad y son estos representantes que organizan a la comunidad cuando se da un proceso de Consulta previa.

La consulta previa al ser un derecho por excelencia de la comunidad se efectiviza mediante el derecho de participación política del pueblo indígena que elige a sus autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales dentro del territorio indígena en conformidad con sus propias normas y procedimientos que puede ser verificado en la legislación específica como la Ley del Régimen Electoral (junio 2010).

Esta ley, de manera enunciativa, establece que la democracia comunitaria se ejerce mediante el autogobierno, la deliberación, la representación cualitativa y el ejercicio de derechos colectivos, según normas y procedimientos propios.

Sin embargo, sería difícil hablar de ejercicio de la democracia comunitaria como expresión del autogobierno en este caso. En efecto, bajo el principio de salvaguarda del ejercicio de las normas y procedimientos propios y de los valores de los pueblos indígenas de la interferencia o imposición de funcionarios estatales, con relación al derecho de la libre Autodeterminación de los pueblos al control y fiscalización del Órgano Electoral Plurinacional a través del Sistema Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE).

Instancia que desarrolla una supervisión en el marco de la democracia comunitaria para ver el cumplimiento de las normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas cuando corresponda; además, coordina con las autoridades indígenas originario campesinas el establecimiento de la metodología de acompañamiento que se adecue a las características de cada proceso y a sus diferentes etapas.

CAPITULO V. LEGISLACIÓN COMPARADA

1. CASO COLOMBIA

El caso colombiano es un buen ejemplo del efecto de este nuevo marco que emerge del bloque constitucional.

Con la aparición en la Constitución Política de 1991, se crearon nuevos espacios de participación para indígenas y afrocolombianos, en varios niveles de la organización administrativa y política del Estado.

Las circunscripciones electorales especiales les garantizan cupos en las corporaciones públicas nacionales y se da una expansión de derechos a estos sectores de la población en una diversidad de la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas (ONU), en sus informes de 2004 y 2010, según la cual el 65% de los pueblos indígenas del país se encuentra amenazado de desaparición.

En los diagnósticos hechos por la Corte

Constitucional de Colombia (CCC) en el 2009 y 2010, se declara que al menos 35 grupos indígenas se encuentran en inminente en peligro de extinción a causa del conflicto armado y el desplazamiento que afectan sus territorios. Algunos se encuentran en situaciones más críticas que los demás. La protección a estas comunidades vulnerables, presente en la legislación y la constitución colombiana, obliga al Estado a garantizar su sobrevivencia y, en este sentido.

La jurisprudencia colombiana dice que existe el deber de realizar la consulta de una medida legislativa cuando sea susceptible de generar afectación directa en pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes; y hay afectación directa cuando la ley modifique o altere el estatus de una persona o comunidad.

En el caso Colombiano se requiere de Consulta Previa en los siguientes casos:

Cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales; cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios;

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas; y

Cuando se trate de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

2. CASO PERÚ

En el Perú, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales vigentes, el Estado tiene la obligación de consultar con los pueblos indígenas las decisiones administrativas o normativas que los afecten. A pesar de que esta obligación está vigente desde 1995, este derecho de los pueblos indígenas aún no ha sido implementado. Sin embargo, el incremento de conflictos socio ambientales ha llevado a que en los últimos años se empiece a tomar medidas concretas para poder realizar las acciones de consulta, como, por ejemplo, la aprobación de la Ley de Consulta Previa -en el 2011- y su respectivo reglamento.

CAPITULO FINAL. CONCLUSIONES

Los componentes sustanciales de la consulta previa respecto a la libre determinación de los pueblos, interculturalidad, interés directo y representatividad, previa, reparadora, ponderación de derechos, territorialidad, vinculante, obligatorio deben ser aplicados en la realización de una Ley de Desarrollo Constitucional que proteja los derechos y garantías constitucionales de las comunidades indígenas.

Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído antes de la conquista, la consulta previa será el mecanismo de comunicación entre el Estado y los pueblos indígenas con la finalidad de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y el grado de afectación de la medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. La consulta previa debe establecer un componente coercitivo para el Estado para permitir su aplicación previa.

Los Estados deben asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate. La ponderación de los derechos debe observar los bienes jurídicos afectados de los Pueblo Indígena,

Cuando se realice el procedimiento de consulta previa este debe observar un estudio de impacto ambiental para la comunidad, deberá identificar la necesidad de la utilización del territorio indígena y su posible afectación.

ISSN 2413 – 2810, Volumen 2. Nº 3 Julio – Diciembre, 2015, pp. 83 - 96

La reparación al pueblo indígena debe ser realizada de manera proporcional cuando se llegue al acuerdo con el Estado se deberá informar a la sociedad en general y la información será de acceso público.

RECOMENDACIONES

La realización de una Ley de desarrollo constitucional acerca de la consulta previa deberá contener los componentes sustanciales como fundamentos para su redacción que serán fundamentales para realizar un acuerdo equitativo (Estado, Pueblo Indígena) tendiente a cualquier modificación o medida administrativa dentro de un territorio indígena el elemento central es el consentimiento previo de la comunidad para cualquier acto administrativo que pueda modificar su modo de vida y su relación con la madre tierra, los tratados y convenios internacionales protegen los derechos de los pueblos indígenas tomando en cuenta las contraprestaciones por parte del Estado y los pueblos indígenas corresponderá a ser de carácter vinculante para las partes.

El Estado al disponer el territorio indígena debe compensar al pueblo indígena por la afectación ocasionada y debe cuantificar la afectación real de la medida administrativa impuestas.

BIBLIOGRAFÍA

Albo, Xavier (2003). *Derecho consuetudinario*. La Paz, Bolivia.

CARE (2005). *Todos por una cultura de Derechos Humanos*, Bolivia.

Gaceta Oficial de Bolivia(2009). *Constitución Política del Estado*. 22 de enero de 2009. Sucre, Bolivia.

Gaceta Oficial de Bolivia(2010). Ley Electoral N° 026 de 30 de junio de 2010. Sucre, Bolivia.

Fundación Konrad Adenauer (2012). *El Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas en América Latina. (ed. 2012).* La Paz, Bolivia. Editorial Presencia S.R.L.

Gutiérrez, José Luis (2006). *Apuntes Inéditos de clases de Derecho Constitucional.* Programa Derechos Humanos, UMSA, La Paz, Bolivia.

IIDH (2002). *Campaña Educativa sobre Derechos Humanos y Derechos Indígenas*. (ed. 2002) San José, Costa Rica. Imprenta Segura Hnos. S.A.

oit (1994). *Pueblos Indígenas y Tribales: Guía para la aplicación del convenio Nº 169.* Ginebra.

ONU (1998). *Derechos de los Pueblos Indígenas, 50th. Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos*. Folleto N° 9. Nueva York.

Gaceta Oficial de Bolivia (2004). Ley N° 2650. *Constitución Política del Estado*, 13 de abril de 2004. Sucre, Bolivia.

Gaceta Oficial de Bolivia (1999). Ley N° 1970. *Nuevo Código de Procedimiento Penal,* 25 de Marzo de 1999, Sucre.

Stavenhagen, Rodolfo (2007). *Los Derechos Indígenas Problemas Conceptuales*.