

Perspectivas de desarrollo sustentable desde la aplicación del **derecho de consulta previa** para los **pueblos indígenas**



Fotomontaje en base a material de Larazon-06-2010

Fotomontaje en base a material de www.abi.bo

Por: **Iván Bascopé Sanjinés**¹
Investigador CEJIS - La Paz

EL ROL DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, TANTO EN LA PLANIFICACIÓN, COMO EN LA EJECUCIÓN Y CONTROL DE SUS PROYECTOS DE VIDA, DEBE ESTAR COORDINADO INSTITUCIONAL-

MENTE, LO CUAL NO SIGNIFICA QUE SE CONDICIONE EN TÉRMINOS DE BUROCRATIZACIÓN O CENTRALIZACIÓN, CON EL ESTADO Y CON LAS EMPRESAS.

Del ejercicio del derecho de libre determinación

El derecho a la libre determinación (autodeterminación) que consigna un pueblo indígena, como parte de su

condición de sujeto político, es el origen de los derechos de participación y consentimiento libre, previo e informado, los cuales permiten que los pueblos indígenas puedan tomar sus decisiones propias e intervenir en los procesos de adopción de políticas y medidas estatales que vayan a afectarlos, asegurando el control de sus formas de vida y prioridades de desarrollo.

Para preservar su condición física y cultural, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas aclara aún más los alcances de estos derechos y explicita por primera vez a nivel internacional, que los pueblos in- ▷

▷ indígenas tienen igual dignidad y derecho de libre determinación, lo cual, en ningún momento, pretende ser el justificativo para ingresar en una desintegración territorial del Estado, como se viene pensando de este derecho cuando se habla de las definiciones políticas que asumen los pueblos indígenas.

En este sentido, sobre la base mínima que el Estado debe respetar y garantizar, de acuerdo a lo que establece la Constitución Política del Estado, está la obligación de respetar la integridad de los valores, prácticas e instituciones de los pueblos indígenas².

Asimismo, desde el Estado “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, instituciones, los bienes, el trabajo, las cul-

...el derecho de consulta previa garantiza una base mínima de protección, en casos, por ejemplo, en que los proyectos extractivos afectan la integridad de uno o más pueblos indígenas.

turas y el medio ambiente de los pueblos interesados”³.

Finalmente, sobre el ejercicio de la libre determinación, los pueblos indígenas tienen el derecho de decidir, controlar y

gestionar su propio desarrollo y de participar en la formulación, aplicación y evaluación de aquellos planes y programas de desarrollo, nacionales y regionales, susceptibles de afectarles directamente⁴.

Consulta y consentimiento libre, previo e informado

Siguiendo con este marco de elementos sustanciales para la efectivización de los derechos de los pueblos indígenas, la realización de la consulta previa permite que existan relaciones democráticas entre los pueblos indígenas y otros sectores que habitan en sus territorios y el Estado, y que el resultado de la consulta sea bajo un acuerdo⁵ o la obtención del consentimiento libre, previo e informado⁶.

En el segundo caso, el Estado debe considerar el consentimiento del pueblo indígena antes de tomar cualquier decisión sobre medidas o actos que pongan en riesgo su integridad física o cultural, especialmente cuando existe el traslado de

poblaciones indígenas, actividades militares en territorios

indígenas y cuando existe almacenaje de residuos sólidos en los mismos⁷.

Por esto mismo, la consulta debe considerar todas las actividades de un proyecto extractivo, energético o de infraestructura; no obstante, si un proceso de consulta ya ha consensuado la realización de una actividad concreta, el Estado – mucho menos la empresa – no debe operar por otra, ya que lo contrario significaría no solamente desconocer el consentimiento libre, previo e informado, sino también los mismos resultados del proceso de consulta que se reflejan en el acuerdo final. En el desarrollo de un proceso de consulta, entonces, debe contemplarse:

Los medios para su subsistencia, la gestión del territorio y de los recursos naturales, la integridad física y cultural, el modo de vida del pueblo indígena, la identidad social y cultural, las normas y procedimientos propios, las instituciones y formas de organización propias del pueblo indígena; todo esto en el marco de la libre determinación.

Por tales razones, el derecho de consulta previa garantiza una base mínima de protección, en casos, por ejemplo, en que los proyectos extractivos afectan la integridad de uno o más pueblos indígenas, a la vez de plantear, como segundo objetivo, perspectivas de desarrollo consensuadas para su ejecución, lo cual implicaría a futuro la construcción de proyectos o programas de desarrollo planteados al Estado – a las instancias competentes del gobierno central – desde los propios pueblos indígenas.

De ahí que, -y en términos de procedimiento-, un proceso de consulta entraña

En el desarrollo de un proceso de consulta debe contemplarse: Los medios para su subsistencia, la gestión del territorio y de los recursos naturales, la integridad física y cultural



Foto: liberacion.com



Foto: panoramio.com

La práctica desmedida de la “minería fluvial” del oro por parte de garimpeiros brasileños en el río Madre de Dios.

y debe dar respuesta a las siguientes preguntas:

- ¿Bajo qué mecanismos se definen y consensuan los impactos socioambientales?
- ¿Qué metodologías permiten construir participativamente el Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental?
- ¿Cómo se determina la vulneración de derechos y cómo se prevén o restablecen los mismos en condiciones de justicia?
- ¿Cómo asegurar las prioridades de desarrollo del pueblo indígena a través de la participación y el diálogo intercultural?
- ¿Cómo garantizar el máximo control sobre el desarrollo planificado por el pueblo indígena?
- ¿Cómo asegurar que un proyecto de desarrollo tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida del pueblo indígena?
- ¿Qué beneficios o ganancias traerán los proyectos de desarrollo al pueblo indígena?

El anteproyecto de ley de hidrocarburos y la operativización de la consulta

Con ánimo de dar respuesta a las preguntas anteriores, el Ministerio de Hidrocarburos y Energía (MHE) viene proponiendo que la consulta se realice a través de cuatro etapas: a) actividad preparatoria de planificación; b) elaboración del documento inicial de información pública (DIP); c) consulta y participación

Cada vez son más las organizaciones sociales, campesinas e indígenas que se oponen a la construcción de megaproyectos hidroeléctricos en sus territorios.

con los actores involucrados; y d) suscripción de convenio de validación de acuerdos⁸. Todos estos aspectos cambian lo definido por el D.S N° 29033 de 16 de febrero de 2007, el cual establece que las etapas de la consulta y participación a pueblos indígenas y comunidades campesinas incluyen: a) coordinación e información; b) planificación; c) ejecución y; d) acuerdo y concertación.

Sin bien esta propuesta plantea etapas diferentes, y por tanto delimita un nuevo proceso de consulta, ésta no define los mecanismos a utilizar para la identificación de impactos, como tampoco establece metodologías para la construcción del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA), a través de la participación del pueblo indígena, de acuerdo a sus instancias orgánicas y bajo normas y procedimientos propios. Esto último significa, generar protocolos dentro de la agenda de la consulta y no por fuera, por ejemplo, con reuniones promovidas por la empresa, con el fin de negociar los avances obtenidos, vulnerando la construcción participativa y democrática dentro de este proceso.

Este escenario significa un problema, dado que el propio anteproyecto recae en el error de definir que la consulta tiene como único propósito el identificar los impactos que un plan, programa, actividad, obra o proyecto hidrocarburífero puedan ocasionar sobre el medio ambiente y la población, sin plantear la posibilidad de establecer otros resultados más allá de lo que señale el EEIA, que no necesariamente

signifiquen solo medidas para evitar o mitigar los impactos negativos e incentivar los positivos; es decir, resultados que definan por una parte la protección de los derechos de un pueblo indígena, y por otra, la gestión de sus recursos naturales a partir del control y vigilancia socioambiental a las actividades hidrocarburíferas que se ejecutan en territorios indígenas, sobre elementos culturales, productivos, entre otros.

Por tanto, no existen condiciones ni oportunidades en este anteproyecto para visibilizar o definir la vulneración de derechos, ni se plantea un trabajo de integración entre la determinación de derechos y la identificación de impactos, tanto para el fin de obtener resultados que permitan plantear medidas de prevención y/o mi-

...como segundo objetivo, perspectivas de desarrollo consensuadas para su ejecución, lo cual implicaría a futuro la construcción de proyectos o programas de desarrollo planteados al Estado.

tigación, y resultados para la gestión sustentable de sus recursos naturales, como por ejemplo, una planificación estratégica de gestión territorial.

Asimismo, no se plantea, desde este anteproyecto, ningún criterio para incorporar la visión de desarrollo de un pueblo indígena y sus prioridades o la vocación productiva y la forma de economía de su territorio, lo cual debe ser considerado en todas las etapas de la consulta.

Continuando con el anteproyecto de ley, éste señala que YPFB Corporativo realizará la actividad preparatoria y el DIP. Esta visión es una exageración, pues lo que debe promover es una visión de desarrollo comunitario y no empresarial, no obstante es latente el hecho que algunas de las empresas hacen el juego de justificar esta carencia de medidas con acciones propias de sus políticas, que se hacen denominar como “social corporativas”.

Finalmente, el MHE señala en su anteproyecto de ley que en todos los casos, la consulta se realizará en un solo momento, con anterioridad a la obtención de la licencia ambiental, señalando que los acuerdos arribados tendrán carácter



Foto: ale.org/produccion/informativa

▷ definitivo y vinculante, aunque en los hechos este momento de la consulta que sirve para la construcción del EEIA y su aprobación, está ligado también a las formas contractuales, a la inversión privada y las condiciones que plantea la empresa y el Estado a un pueblo indígena, elementos sobre los cuales debe existir también un carácter vinculante.

No obstante esta limitación de desconocer la consulta de tipo legislativa, reconocida en la legislación nacional⁹, puede representar que los planes de desarrollo local de un pueblo indígena, construidos a partir de un proceso de consulta, no se compatibilicen con la política nacional de desarrollo, cuando de lo que se trata es de adecuar estas políticas conforme las experiencias locales, las cuales tienen precisamente referencia en territorios indígenas.

...no se plantea, desde este anteproyecto, ningún criterio para incorporar la visión de desarrollo de un pueblo indígena y sus prioridades o la vocación productiva y la forma de economía de su territorio.

Al reducir la consulta a un solo momento¹⁰ no se garantiza el efectivo ejercicio de este derecho ni de los derechos conexos de la misma, generando la contradicción entre su reconocimiento y los mecanismos para su ejercicio pleno, de esta forma se reconoce un derecho y al

mismo tiempo se lo limita y condiciona en su aplicación.

Derecho al desarrollo sustentable: una propuesta de ampliación de la participación en beneficios y ganancias dentro del proceso de consulta

En tanto se establezcan estándares más allá de la protección de la integridad, el medio ambiente y la indemnización, por daños y perjuicios (cumplimiento de las bases mínimas), los pueblos indígenas tienen derecho a la participación en beneficios y ganancias que se reportan por las actividades de un proyecto extractivo.

Si bien este derecho depende de la existencia de utilidades o ganancias reportadas por la operación de las empresas respecto a un proyecto extractivo, hay que mencionar que éste se perfecciona únicamente con las indemnizaciones-compensaciones y/o con la coparticipación tributaria de regalías y el Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH) a nivel nacional¹¹, y no así en relación a beneficios y ganancias directas reportadas por la operación hidrocarburífera, esto naturalmente dentro del porcentaje de inversión y utilidades que le corresponde a la empresa. En el caso de la minería, no hay regulación en cuanto a este tema, y por tanto no se efectiviza ninguna de estas tres categorías.

En el caso de los hidrocarburos, esto es posible y permisible desde la óptica de la Declaración de las Naciones Unidas, puesto que la consulta contempla en sí misma los posibles daños y perjuicios generados por alguna actividad o medida, de donde se establece la compensación; sin embargo, bajo ningún procedimiento formal o de regulación, se contemplan las ganancias y beneficios producto

del proyecto extractivo (contemplando su naturaleza, magnitud, envergadura y plazo). Por esta razón, solo se llega a un tipo de indemnización, conocida como compensación, en la que se incluye, sin regulación ni estándares apropiados, una parte de la inversión que otorga la empresa a favor del pueblo indígena, definida a partir de los impactos no mitigables. Muchas veces este criterio es impuesto por las empresas al pueblo indígena, antes de la realización de la consulta o en su caso de forma paralela a su realización, lo cual trae problemas de desestructuración orgánica.

Podemos planificar un proceso de participación y consulta o los proyectos de desarrollo mismos, no obstante no solo hay que preguntarse si se está garantizando este tipo de indemnización, sino fundamentalmente si se está garantizando que tales proyectos reporten beneficios al desarrollo y ganancias a dichos pueblos indígenas, de tal forma: “los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho a esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”¹².

Es así que, el derecho de participación en esta categoría de beneficios, demanda ser tratado en un procedimiento asociado al proceso de consulta, en el que se consensue también los reportes de utilidades que generará el proyecto en cuestión, para que de ese porcentaje global y proyectado se pueda determinar una cuantía a favor del pueblo indígena. Aspecto que debe estar ligado a la promoción del desarrollo, de acuerdo a planes de gestión sobre uno o más recursos naturales y la promoción de derechos en concreto.

Estos planes serán elaborados y presentados por el pueblo indígena con referencia y de acuerdo a los resultados que se vayan obteniendo a lo largo del proceso de consulta en relación a los recursos naturales considerados en cada componente socioambiental, tomando en cuenta su acceso, uso y aprovechamiento, y desde una visión de sustentabilidad.

De esta manera, se podrá evidenciar cuáles y cuántos recursos naturales, por componente, son utilizados en el territorio indígena, y de acuerdo a su zonificación identificar la ubicación de los



Trabajos de apertura de carretera en Villa Tunari, adyacente al proyecto caminero a través del TIPNIS.

Foto: la-razon.com



Foto: skystrapher.com

Los derechos de los pueblos interesados a los RR.NN. existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho a esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

mismos, cómo éstos son aprovechados, y finalmente se podrá considerar aquellos que se encuentran carentes o se han visto disminuidos en su acceso, uso y aprovechamiento local.

El otro gran tema a involucrarse en el marco de la efectividad de este derecho de participación en esta categoría de beneficios tiene relación con el aprovechamiento de los recursos naturales, a partir de acciones de planificación y seguimiento al desarrollo sustentable, posteriores al proceso de consulta; aspecto que no es igual a la identificación de impactos, producto de las evaluaciones que realizan dentro de la planificación de un proceso de consulta y a lo largo de este, pues el mismo conlleva solamente a definir los criterios que se deben asumir para mitigar o no mitigar un determinado componente socioambiental. Ej.: si se trata del componente biótico, la calidad del agua y de los suelos definirá un patrón para su mitigación y control permanente, de forma que se re-establezca su condición previa u óptima, o se defina su prevención en tanto sea considerado el grado potencial de afectación, tomando en cuenta que este mismo recurso y su componente ha estado sujeto a impactos y por tanto a evaluaciones sistemáticas.

Así, este derecho tiene un doble objeto y naturaleza, para lo que es el aprovechamiento de los recursos naturales y el control y vigilancia socioambiental, aspectos

que engloban un modelo de gestión de recursos naturales con enfoque socioambiental (aprovechamiento + conservación = sustentabilidad).

Ambos temas coinciden en que este derecho puede desembocar en mejores desempeños para la gestión integral de un territorio indígena, y que la finalidad de transparencia y efectividad en las iniciativas de desarrollo, tanto de la planificación, como de la ejecución debe estar sujeta a planificación del desarrollo y a un control sobre las actividades realizadas,

de acuerdo a las prácticas e instituciones de cada pueblo.

Por tanto, en su doble naturaleza también está un sentido de finalidad para el ejercicio de otros derechos que hacen al desarrollo sustentable de un territorio indígena, aspecto que está enteramente vinculado a la capacidad de un pueblo indí-

gena, primero, de definir sus instituciones políticas para la planificación, ejecución y seguimiento de sus planes y programas de desarrollo sustentable; y segundo, de establecer mecanismos y sistemas de control social con el objeto de transparentar la ejecución de esta planificación, e impulsar su puesta en marcha y cumplimiento en los términos consensuados democráticamente.

Estas dos tareas implican un alto nivel de capacidad en sus formas organizativas, liderazgos, compromisos sociales y articulación entre todas las comunidades que forman parte del territorio indígena en cuestión.

Por otra parte, el rol de los derechos de los pueblos indígenas, tanto en la planificación, como en la ejecución y control de sus proyectos de vida, debe estar coordinado institucionalmente, lo cual no significa que se condicione en términos de burocratización o centralización, con el Estado y con las empresas.

Asimismo, la efectiva aplicación de este derecho tiene consigo un tipo de implementación institucional en las políticas públicas, para la protección jurisdiccional y el cambio de cultura jurídica – el cual contempla el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas –, con lo que puede ser efectivo el ejercicio de derechos, especialmente de tipo económico, social, cultural y ambiental, de los pueblos indígenas ■

1. El autor es abogado e investigador, responsable del Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS) Regional La Paz.
2. Art. 5. B. c. del Convenio 169 de la OIT.
3. Art. 4. 1 Ibid.
4. Art. 7. 1 Ibid.
5. Arts. 6.1 y 6.2 Ibid.
6. Arts. 19 y 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
7. Arts. 10, 29 y 30.1 Ibid.
8. Anteproyecto de ley de hidrocarburos, versión octubre de 2010, elaborado por el MHE.
9. Art. 30 núm. 15 de la Constitución Política del Estado.
Art. 6 a. y 8 del Convenio 169 de la OIT.
Art. 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
10. Como procedimiento de este segundo momento, previo a la aprobación de los EEIA y la obtención de la licencia ambiental, referente a actividades de exploración y explotación hidrocarbúfera, el anteproyecto plantea:
El MHE es responsable de realizar el proceso de consulta y participación.
El proceso de consulta se inicia en un plazo máximo de treinta días calendario computables a partir de presentado el DIP elaborado por YPFB Corporativo, procedimiento que se hace sin la participación ni control de instancias como el MHE y el Ministerio

- de Medio Ambiente y Agua (MMA), mucho menos del pueblo indígena.
El MHE realizará la consulta y participación y la suscripción del convenio de validación de acuerdos, como si ello no se sujetaría a consensos y al consentimiento del pueblo indígena.
De no llegarse a la suscripción del convenio de validación de acuerdos, el MMA desarrollará un proceso de conciliación, considerando estrictamente la mitigación de los impactos socioambientales hasta llegar a la suscripción del convenio, el mismo que tendrá carácter definitivo. Este proceso se desarrollará dentro de los treinta días siguientes.
Empero, de no llegar a ningún acuerdo en la vía de conciliación, la Asamblea Legislativa Plurinacional mediante ley establecerá los mecanismos de operación, considerando el mayor beneficio para el o los pueblos indígenas originarios y el Estado Plurinacional.
En este caso, el MMA en coordinación con el MHE autorizará la Licencia Ambiental provisional hasta que se promulgue la ley respectiva. De esta forma, el desarrollo de la consulta no tiene ningún sentido, si se otorga una licencia ambiental de tipo provisional.
11. Esto por concepto de IDH, de los cuales un 5% corresponde a los pueblos indígenas, ingresos que son administrados a nivel nacional por el Fondo de Desarrollo Para los Pueblos Indígenas, Originarios y Comunidades Campesinas (FDPPIOYCC).
12. Art. 15. 1 del Convenio 169 de la OIT.