



**HAL**  
open science

# Derechos humanos y derechos colectivos: influencia de las culturas indígenas bolivianas en los textos y las prácticas jurídicas

Bénédicte Lucas

► **To cite this version:**

Bénédicte Lucas. Derechos humanos y derechos colectivos: influencia de las culturas indígenas bolivianas en los textos y las prácticas jurídicas. Law. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I; Instituto de derechos humanos "Bartolomé de Las Casas" (Madrid), 2014. Español. NNT : 2014PA010302 . tel-02096429

**HAL Id: tel-02096429**

**<https://theses.hal.science/tel-02096429>**

Submitted on 11 Apr 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



## **TESIS DOCTORAL**

# ***Derechos humanos y derechos colectivos: influencia de las culturas indígenas bolivianas en los textos y las prácticas jurídicas***

**Autor:**

***Bénédicte Lucas***

**Directores:**

***Prof. Dra. Gilda Nicolau***

***Prof. Dr. Juan Daniel Oliva Martínez***

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS**

**LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS –  
UMR DE DROIT COMPARÉ DE PARIS**



## TESIS DOCTORAL

### **DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS COLECTIVOS: INFLUENCIA DE LAS CULTURAS INDÍGENAS BOLIVIANAS EN LOS TEXTOS Y LAS PRÁCTICAS JURÍDICAS**

Autor: ***Bénédicte Lucas***

**Directores : Prof. Dra. Gilda Nicolau**

**Prof. Dr. Juan Daniel Oliva Martínez**

Tribunal Calificador:

Presidente: Jesús Adánez Pavón

Vocal: Rafael Encinas de Muñagorri

Vocal: Eric Millard

Vocal: Vicente Cabedo Mallo

Vocal: Gilda Nicolau

Secretario: Juan Daniel Oliva Martínez

Calificación : Sobresaliente, Mención Cum laude

Getafe, 4 de abril de 2014

## *Agradecimientos*

El trabajo aquí presentado es el resultado de un largo proceso de investigación, en el que me han acompañado y apoyado muchas personas.

Quisiera expresar mi profunda gratitud a mis directores de tesis, la Profesora Gilda Nicolau y el Profesor Juan Daniel Oliva Martínez, por su confianza al aceptar dirigir este trabajo, y por haberme guiado, aconsejado y motivado durante todos estos años. Fue un gran privilegio poder contar con el apoyo de dos profesores, con quienes había tenido la oportunidad de trabajar por separado (como tutores de mis tesinas), y asociarlos en este proyecto. Con sus cualidades, tanto científicas como humanas, me aportaron los elementos necesarios para esa etapa tan importante en una carrera académica. La Profesora Nicolau me enseñó a ir siempre más lejos en mi reflexión y enriquecerla a través del diálogo con los demás. El Profesor Oliva supo animarme en los momentos de duda y me enseñó a luchar por mis convicciones. Encontré en esa codirección un equilibrio que me permitió avanzar hasta el final.

Esta investigación no hubiera sido posible sin la contribución de todas las personas que aceptaron compartir conmigo sus conocimientos, vivencias y opiniones sobre mis temas de estudio. Agradezco su tiempo y disposición al Sr Pedro Calderón Rosas, al Dr Idón Moisés Chivi Vargas, al Dr Ramiro Choque, a la Dra Deborah Diaz, al Sr Javier Fernandez Espejo, al Sr Embajador Jean Paul Guevara Ávila, a la Dra Mónica Hierbas, al Sr Rodolfo Machaca Yupanqui, al Prof. Carlos Mamani, al Sr Víctor Medinaceli, al Dr Eugenio Mullucundo, a la Sra Rosa, al Dr Esteban Sanjinés, al Dr Weimar Soto, al Dr Juanito Félix Tapia García, al Sr Ariel Terán, a la Sra Elisa Vega Kaipi, y a la Abogada Roxana Zaconeta.

Debo agradecer también la colaboración del Fondo Indígena y la hospitalidad de la familia Achá Cordero, sin los cuales no hubiera podido realizar el trabajo de campo en Bolivia.

Quisiera expresar un agradecimiento especial a mis padres, Christine y Michel, por su apoyo, incondicional y permanente, en todos los sentidos de la palabra.

También quiero agradecer a mi pareja, Oscar, por su comprensión, su paciencia, y por haber estado a mi lado.

Por último, agradezco a mis amigas Hélène y Diana por su escucha y ayuda. Al igual que yo, han vivido esa mezcla de sentimientos que invade al investigador: las dudas, la soledad de la escritura, pero también la satisfacción por cada avance conseguido.

Quiero destacar la cálida acogida del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas y del Laboratorio de Antropología Jurídica de París-UMR de Derecho comparado de París. La cotutela de tesis ha sido posible gracias a la colaboración de ambas instituciones, así como a la ayuda financiera del Colegio de Escuelas Doctorales de la Universidad Paris-1 Panthéon-Sorbonne.

*A mis padres y a mi hermana Nathalie,*

*A Oscar,*

*A los amigos y amigas que han vivido esta tesis conmigo,*

*En memoria de mi hermana Claire.*

## ÍNDICE

ÍNDICE	6
ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	10
INTRODUCCIÓN	11
TÍTULO PRELIMINAR. POSTULADOS TEÓRICOS	15
I. Pluralismo cultural	15
A. Valorización de la diversidad cultural y aporte de las culturas indígenas	15
B. Universalismo de entrecruzamientos	18
C. Interculturalidad	18
D. Un consenso de mínimos éticos	21
II. Pluralismo jurídico	22
A. Características y fallos de la conceptualización occidental	22
1. Una concepción reductora del Derecho	23
a. El arquetipo de identificación	24
b. El arquetipo de diferenciación o de manipulación	26
c. El arquetipo de articulación	27
d. El arquetipo de sumisión	29
e. El arquetipo de racionalización	31
f. Conclusiones	31
2. Una concepción parcial de los derechos humanos	32
a. Cultura africana	32
b. Culturas islámicas	34
c. Culturas asiáticas	37
d. Cultura hindú	39
e. Conclusiones	40
B. Las concepciones por las que apostamos	40
1. Una visión integradora de los derechos humanos	41
2. Una definición abierta y plural del Derecho	42
III. Primer aproximación conceptual	45
A. Derecho colectivo	46
1. El sujeto del derecho colectivo	46
2. La función del derecho colectivo	47
3. Ejercicio del derecho colectivo	48
B. Derecho de propiedad	48
C. Aculturación y transculturación	49
D. Hecho social total	50
PARTE PRIMERA. LA TRANSCULTURACIÓN DEL DERECHO INTERNO BOLIVIANO	51
TÍTULO I. INFLUENCIA DE LA CULTURA INDIGENA EN LOS TEXTOS LEGALES Y LAS PRACTICAS ESTATALES	55
CAPÍTULO I. CONSAGRACIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICO-MORALES	56
I. Pluralismo, interculturalidad y descolonización	57
II. El Vivir Bien: una guía para un nuevo modelo de sociedad	60
A. Un modelo de igualdad y equilibrio	61
1. El vivir mejor: un modelo excluyente	61
2. El vivir bien: un modelo incluyente	62

B. Un principio-valor orientador	64
CAPÍTULO II. FORMACIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS	68
I. Los pueblos indígena originario campesinos como sujeto colectivo	68
A. Reseña histórica	68
B. El resultado de una lucha identitaria	73
1. Proceso	73
2. Constitucionalización	75
C. Otorgamiento de la personalidad jurídica	76
II. La Madre Tierra como bien colectivo y sujeto de derecho	78
A. La Madre Tierra, un bien colectivo	78
1. La tierra, un concepto pluri-dimensional	78
2. La Madre tierra, un ser vivo	79
B. Los derechos de la Madre Tierra	80
CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO Y CREACIÓN SIMBÓLICA DE DERECHOS:	
EL DERECHO AL TERRITORIO Y SUS COMPONENTES	83
I. El derecho a la tierra	84
A. Derecho a la propiedad y a la titulación colectiva de la tierra	84
1. Proceso histórico	85
2. Papel de los indígenas en el proceso de saneamiento	87
a. Inicio del proceso: registro de identidad e informe técnico	87
b. Informe de necesidades y uso del espacio territorial	90
c. Resolución y titulación	91
3. Prueba de posesión de la tierra: ancestralidad y uso tradicional	92
4. Garantías de la propiedad y función social	93
B. Vigencia y alcance del derecho de propiedad	96
1. Vigencia del derecho de propiedad y recuperación de tierras	96
2. Dotación de tierras a favor de pueblos indígenas	98
C. Límites legales al ejercicio del derecho de propiedad	101
II. El derecho al uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables	104
1. Propiedad de los recursos naturales	104
2. Contenido del derecho reconocido	105
III. El derecho a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios	108
A. Derecho a la consulta	109
1. Consulta obligatoria	110
2. Consulta previa	111
3. Consulta mediante procedimientos adecuados	112
4. Consulta informada y de buena fe	113
5. Etapas del proceso de consulta	115
6. Consentimiento	117
B. Derecho a la participación en los beneficios y otros derechos derivados de la consulta	118
IV. La facultad de aplicar sus normas propias, administradas por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo	121
A. Autogobierno	121
B. Gestión territorial	123
TÍTULO II. INFLUENCIA DE LA CULTURA INDÍGENA MEDIANTE LA REALIZACIÓN PRÁCTICA DE LOS DERECHOS	127
CAPÍTULO I. EJERCICIO DE LOS DERECHOS	128

I.	Ejercicio del derecho al territorio	128
A.	Demandas de titulación	128
B.	Modalidades de acceso y distribución de la tierra	132
C.	Formas de uso de la tierra y sus recursos	135
D.	Exigibilidad del derecho a la consulta	138
II.	Ejercicio de los derechos de la Madre Tierra	144
CAPÍTULO II.	PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS	147
I.	Aplicación del derecho consuetudinario indígena en vía judicial	148
A.	Un poder judicial plural	148
1.	Competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina	148
2.	Competencia jurisdiccional en materia de tierra	149
B.	La interpretación intercultural	150
II.	Uso de mecanismos alternativos tradicionales	151
A.	Conciliación en el proceso de saneamiento	151
B.	Gestión interna de los conflictos intra o intercomunidades	153
C.	Conciliación y concertación en la constitución de las autonomías	155
CAPÍTULO III.	LA LUCHA POR LOS DERECHOS	157
I.	Acciones colectivas y producción normativa	157
II.	Participación en la toma de decisiones	162
A.	Construcción de una institucionalidad indígena	162
1.	Participar en el proceso constituyente	163
2.	Ocupar altos cargos	164
B.	Encuentros interculturales y políticas públicas	165
III.	Acciones de defensa y recursos legales	167
A.	Demandas ante la Defensoría del Pueblo	168
B.	Acciones de defensa constitucionales	171
1.	Acción de Inconstitucionalidad	172
2.	Acción de Amparo Constitucional	172
3.	Acción popular	174
PARTE SEGUNDA. HACIA LA TRANSCULTURACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE		179
TÍTULO I. EL MEDIO AMBIENTE COMO CATEGORÍA TRANSVERSAL SUI GENERIS		182
CAPÍTULO I. UN PATRIMONIO CONSTITUIDO DE BIENES COMUNES		184
I. Un patrimonio compartido		184
A. Patrimonio mundial: una visión antropocentrista		184
B. Patrimonios universales de la Naturaleza y bienes comunes: una visión holística		188
C. El bien común universal		190
II. La no apropiación como principio		192
A. Un bien sin dueño		192
B. Derecho de uso del patrimonio ambiental		194
CAPÍTULO II. UN RÉGIMEN JURÍDICO PROTECTOR		196
I. Obligación de conservación		196
A. El requisito de sostenibilidad		197
1. La ambigua definición de la sostenibilidad		197
2. El aporte de los saberes tradicionales		199
B. La Economía Verde y sus límites		202
1. Los servicios ambientales		202
2. La mercantilización de la Naturaleza		203

II. Una responsabilidad compartida	207
A. Obligación de proteger	207
B. Obligación de reparar	209
1. Responsabilización subjetiva	209
2. Responsabilización objetiva	211
C. Obligación de prevención y principio de precaución	214
1. Consideración del riesgo potencial en la toma de decisiones	215
2. Las medidas de compensación	217
3. Incumplimiento de obligaciones y restricción de derechos individuales motivados por la protección del Medio Ambiente	218
TÍTULO II. EL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE : UN DERECHO HÍBRIDO	220
CAPÍTULO I. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SUS COMPONENTES	221
I. El derecho a un Medio Ambiente sano	221
II. El derecho público a la información	223
III. El derecho a participar en la toma de decisiones	228
A. Planteamiento general	228
B. Sistemas de gestión participativa	229
1. Los saberes indígenas como fundamento de la toma de decisiones	230
2. La gobernanza de la tenencia de la tierra como garantía de la seguridad alimentaria	231
a. El derecho a la seguridad alimentaria	232
b. La gobernanza de la tenencia de la tierra	233
IV. El derecho a un recurso efectivo	236
CAPÍTULO II. CREACIÓN DE MECANISMOS LEGALES PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE	239
I. Un Tribunal internacional de Justicia Climática	240
II. Hacia una Defensoría del Medio Ambiente	244
A. Procedimientos especiales del sistema de Naciones Unidas	244
1. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente	244
2. Relatoría especial y experto independiente	246
a. El Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos	247
a. Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible	251
B. Propuestas de los Pueblos	253
CONCLUSIONES	256
APÉNDICES	261
Resumen en francés ( <i>résumé en français</i> )	262
Índice de figuras y mapas	266
Mapas	267
Entrevistas	268
Relación de Legislación, instrumentos jurídicos internacionales y Jurisprudencia	269
BIBLIOGRAFÍA	275

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AIOC: Autonomías Indígena Originaria Campesinas  
ALBA: Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América  
ALP: Asamblea Legislativa Plurinacional  
APG: Asamblea del Pueblo Guaraní  
CEDIB: Centro de Documentación e Información Bolivia  
CEJIS: Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social  
CIDOB: Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia  
CNMCIOB BS: Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia « Bartolina Sisa »  
CONAIOC: Coordinadora Nacional de las Autonomías Indígena Originaria Campesinas  
CONAMAQ: Consejo Nacional de Ayllus y Markas  
CorteIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos  
CSCIB: Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia  
CSUTSCB: Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia  
DS: Decreto Supremo  
EEIA: Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental  
FAO: Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación  
INRA: Instituto Nacional de Reforma Agraria  
OEA: Organización de los Estados Americanos  
OIT: Organización Nacional del Trabajo  
ONG: Organización(es) No Gubernamental(es)  
PNUMA: Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente  
RELAJU: Red Latinoamericana Antropología Jurídica  
SAN-TCO: Saneamiento- Tierras Comunitarias de Origen  
SC: Sentencia Constitucional  
TCO: Tierras Comunitarias de Origen  
TCP: Tribunal Constitucional Plurinacional  
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
TIOC: Territorio Indígena Originario Campesino  
TIPNIS: Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécuré  
UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

## INTRODUCCIÓN

Ante la falta de efectividad que padecen los derechos humanos en el mundo, cabe repensar la concepción que tenemos de éstos, y con ello del Derecho mismo. Nos vemos obligados a considerarlos desde una perspectiva nueva, como nos invitaba a hacerlo Joaquín HERRERA FLORES en su obra *La reinención de los derechos humanos*<sup>1</sup>.

La antropología jurídica, al proponer un paradigma jurídico alternativo, nos permite definir esa nueva perspectiva. Esta disciplina comparativa, que estudia el Derecho como fenómeno jurídico con una aproximación intercultural y pragmática, nos enseña que nuestra visión del Derecho no es la única. Evidencia nuestros vacíos legales y procura destacar las virtudes del pluralismo, la alteridad y el diálogo intercultural, con consecuencias que se perciben tanto al analizar los textos legales como en el terreno.

Siguiendo esa línea, proponemos acercarnos a una concepción intercultural de los derechos humanos, al servicio de un objetivo universal, con sus distintas formalizaciones jurídicas: la protección de la dignidad humana y la paz.

Al mirar hacia culturas jurídicas no occidentales se hace manifiesto el carácter individual de los derechos humanos tal y como los concebimos desde nuestra visión occidental, como resultado de una separación teórica entre el individuo y la sociedad, siendo éste el único considerado sujeto de derecho.

Si bien la cuestión de la dimensión colectiva de determinados derechos humanos no es nueva, siempre se ha infravalorado su importancia. Ahora bien, pensamos que constituye una respuesta tanto al problema de ineffectividad actual de los derechos humanos, como a las nuevas necesidades vinculadas a la protección del Medio Ambiente y la crisis ecológica. En efecto, en ciertas ocasiones las acciones individuales resultan insuficientes para alcanzar los objetivos contenidos en los derechos o hacer frente a retos globales. Esto nos lleva a adoptar otras lógicas de actuación, así como otras formas de gestionar el interés general.

---

<sup>1</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención de los derechos humanos*, Editorial Atrapasueños, Sevilla, 2008, p. 20.

Por su transversalidad, tomaremos el ejemplo de los derechos colectivos sobre los bienes, en particular la tierra, así como las acciones colectivas. Ampliaremos nuestra reflexión al concepto de deber, ligado a la noción de responsabilidad, presente en las culturas jurídicas no occidentales y que viene equilibrar o completar los derechos.

La influencia de las culturas indígenas en ese ámbito es nuestra hipótesis de partida. La verificaremos con el caso boliviano, por ser un país con una población mayoritariamente indígena, tener una nueva Constitución innovadora (en particular lo relativo a los derechos fundamentales, pues reconoce un conjunto de derechos colectivos) y por conocer fuertes movilizaciones sociales y acciones de lucha reivindicativas encaminadas por los indígenas.

Partiendo del pluralismo cultural, nuestro marco teórico se basa en un universalismo que llamaremos de “entrecruzamientos”, y que propone una práctica intercultural de los derechos humanos, buscando un consenso de mínimos éticos. Por otra parte, apostamos por una visión alternativa del pluralismo jurídico con una concepción abierta del Derecho, que supera el Derecho estatal y entendemos como un conjunto de comportamientos, representaciones, prácticas y el resultado de las luchas por los retos que la sociedad considera como vitales.

Nuestro *método* se inspira de la antropología jurídica, y requiere tomar distancia con nuestra cultura, abriéndonos al otro para aprender de él. Implica un análisis descriptivo y comparativo, basado en un tratamiento diatópico (colocado en su contexto cultural) y dialogal (puesto en diálogo) del pluralismo jurídico, así como en una lógica funcional (razonando en términos de objetivos).

Nuestra labor de investigación tiene como *propósito*, en primer lugar, descubrir cuál es la concepción de derecho colectivo y la de propiedad en el Derecho interno boliviano, centrándonos en el bien tierra, y cuál es el papel de las culturas indígenas en su construcción y actual evolución. Con base en los elementos encontrados, y de forma reflexiva, trataremos, en segundo lugar, de identificar los aportes de estas culturas a una de las preocupaciones actuales del Derecho internacional y demás Derechos nacionales que es la protección del Medio Ambiente. Ese trabajo se hará a partir del análisis tanto de las *fuentes* del Derecho estatal

boliviano e internacional, como de los Derechos no estatales que dimanar de la práctica.

El *proceso metodológico* seguido consta de varias etapas<sup>2</sup>. La primera etapa, etnográfica, consistió en recoger datos desde una experiencia de terreno<sup>3</sup>, lo que supuso un trabajo de campo de un mes en La Paz (Bolivia). La segunda fue una etapa etnológica, es decir una aproximación comprensiva que nos permitió organizar los diversos datos recogidos y estudiar su complejidad. Finalmente, pasamos a una etapa antropológica, es decir una aproximación comparativa, que implicó una labor teórica de modelización y conceptualización.

La *estrategia* adoptada para el trabajo de campo, además de la consecución de documentación escrita, fue la realización de entrevistas de tipo no directivas y semi-directivas a miembros de organizaciones indígenas seleccionadas con el fin de conseguir la mayor representatividad posible, así como a funcionarios de administraciones públicas pertinentes y representantes de ONG, para contrastar puntos de vista.

Para la labor teórica, elaboramos una serie de indicadores para poner de manifiesto los tipos de influencia observados en los desarrollos normativos. Esta influencia puede producirse en la consagración de valores o principios ético-morales; la formación de concepciones y conceptos jurídicos; el reconocimiento o la creación de un derecho; el ejercicio de un derecho; la interpretación de un derecho; la resolución de un conflicto; la creación de mecanismos legales para hacer valer derechos o protegerlos y de participación ciudadana; y a través de acciones de lucha reivindicativa y de defensa.

Pretendemos sostener la tesis según la cual tanto en Derecho interno boliviano como en Derecho internacional se está produciendo una aculturación, e incluso una transculturación, del Derecho estatal por el Derecho indígena.

Para demostrarlo, estudiaremos en una primera parte la influencia, tanto comprobada como potencial, del Derecho indígena en Derecho interno, señalando los frenos culturales e institucionales a su desarrollo. En una segunda parte, abordaremos

---

<sup>2</sup> G. NICOLAU, En G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, Dalloz, col. Méthodes du droit, Paris, 2007, p. 23.

<sup>3</sup> En esa fase interviene la descripción etnográfica que François Laplantine define como el primer desafío del paso del ver y vivir al informe escrito de esa experiencia. F. LAPLANTINE, *La description ethnographique*, Armand Collin, Sciences Sociales 128, Paris, 2005, p. 14.

esa cuestión en el ámbito del Derecho internacional a través del Medio Ambiente como hecho social total. Previamente, presentaremos nuestros postulados teóricos en un título preliminar.

## **TÍTULO PRELIMINAR. POSTULADOS TEÓRICOS**

Optamos por apoyarnos en la antropología jurídica que ofrece una mirada interdisciplinar, de origen antropológico, sobre el derecho<sup>4</sup>, y permite comparar sus distintas fuentes y formas. Sin entrar en un repaso de la evolución histórica de esa disciplina, nos parece necesario detenernos en los conceptos que fundamentan este trabajo. Son el pluralismo cultural, que nos lleva a situarnos en un universalismo de entrecruzamientos que aboga por la interculturalidad (I), así como el pluralismo jurídico, que implica adoptar una definición abierta del derecho, alternativa al positivismo jurídico, y supone considerar los derechos humanos desde otra perspectiva (II). Igualmente, presentaremos las principales definiciones que planteamos para iniciar nuestro trabajo (III).

### **I. PLURALISMO CULTURAL**

El pluralismo cultural nace de la necesidad de reconocer y valorar positivamente la diversidad cultural, que lleva consigo una pluralidad de visiones del mundo, así como favorecer una interacción armoniosa entre las culturas.

#### **A. Valorización de la diversidad cultural y aporte de las culturas indígenas**

Si entendemos la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias<sup>5</sup>, entonces no existe una única cultura humana, como bien afirma la Declaración universal sobre la diversidad cultural de la UNESCO.

---

<sup>4</sup> G. NICOLAU, *Ethnologie juridique...*, op. cit., p. 21.

<sup>5</sup> Preámbulo de la Declaración universal sobre la diversidad cultural adoptada el 2 de noviembre de 2001 por la Conferencia General de la UNESCO.

*“La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad”<sup>6</sup>.*

La diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. Por eso, forma parte del patrimonio común de la humanidad.

*“Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras”<sup>7</sup>.*

Varios estudios demuestran que la diversidad cultural y lingüística, la diversidad biológica y la diversidad de la vida están íntimamente vinculadas y, en la práctica, se sustentan mutuamente. Según el estudio publicado por las organizaciones UNESCO, Terralingua y WWF, titulado *Compartir un mundo de diversidad*<sup>8</sup>, que versa sobre el concepto de diversidad biocultural, es decir la diversidad de la vida en la Tierra, tanto en la naturaleza como en la cultura, existe una interacción entre el Medio Ambiente, las culturas y las lenguas. Para demostrarlo toman el ejemplo de las comunidades indígenas que, al vivir próximas al medio natural, dependen de él para su subsistencia (alimentos, medicinas, material de construcción y otros productos esenciales), a través de la agricultura, la ganadería, la caza, la pesca o la recolección, así como para satisfacer sus necesidades culturales y espirituales. Por otro lado, han logrado, mediante esas actividades, un conocimiento profundo de los ecosistemas locales, llamado por los antropólogos el conocimiento ecológico tradicional<sup>9</sup>. Se han adaptado a ellos aprendiendo a la vez a utilizarlos y administrarlos según sus necesidades. Asimismo, han elaborado complejos sistemas de clasificación del mundo natural, reflejando una profunda comprensión de la flora, la fauna, las relaciones ecológicas y la dinámica de los ecosistemas locales. Gran parte de ese

---

<sup>6</sup> Artículo 1 de la Declaración universal sobre la Diversidad cultural de la UNESCO, supra.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> T. SKUTNABB-KANGAS, L. MAFFI, D. HARMON, *Sharing a World of difference – The earth’s linguistic, cultural and biological diversity*, UNESCO, Terralingua, WWF-World Wild fund for Nature, 2003, p.17. Disponible en: <http://www.terralingua.org/blog/2003/07/16/sharing/> Consultado en 2008.

<sup>9</sup> *Ibid.*

conocimiento se expresa y transmite a través de la lengua, en palabras, historias y chistes, bromas y críticas, planificación y narraciones, y en general a través de las conversaciones cotidianas, los rituales, las tradiciones y las festividades<sup>10</sup>.

La diversidad cultural es por lo tanto una riqueza. Por eso no debe desaparecer.

Pensamos que las culturas indígenas en particular tienen mucho que aportar a la humanidad, y que los valores que se desprenden de ellas merecen un reconocimiento universal. Creemos en su capacidad para inducir cambios hacia una mayor efectividad de los derechos humanos en el mundo. Sintetizaremos la argumentación desarrollada en ese sentido por el antropólogo y jurista Daniel OLIVA MARTÍNEZ, en su artículo *Un intento de Fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional*<sup>11</sup>.

Las culturas indígenas están “repletas de ideas, reglas, instituciones llamadas a promover la dignidad y máxima autonomía de sus integrantes, que posibilitan la potenciación de la vida individual y colectiva, autónoma y plenamente humana”<sup>12</sup>. Por lo tanto, contienen “elementos de emancipación, liberación y mejora de la calidad de vida para los individuos indígenas y para toda la humanidad”<sup>13</sup>.

OLIVA destaca dos elementos significativos, valiosos y enriquecedores para todos: la sostenibilidad medioambiental y una gran cohesión social basada en la reciprocidad y la solidaridad<sup>14</sup>. En efecto, al tener una fuerte vinculación con la tierra, que es fuente de vida, los indígenas han desarrollado conocimientos tradicionales específicos, que incluso pueden ser considerados más complejos que la ciencia “occidental”<sup>15</sup>. Ese saber fomenta una gestión sostenible de los recursos naturales y contribuye a la protección del Medio Ambiente. Por otra parte, la cohesión social estriba en una red de relaciones de reciprocidad y solidaridad al interior de las comunidades, “reforzadas en los mitos, en los rituales y en los sistemas de parentesco”<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> J.D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional”, En M. APARICIO WILHELMI (Coord.), *Caminos hacia el reconocimiento*, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp. 49-100.

<sup>12</sup> Íd., p. 89.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Ibid., pp. 89 ss.

<sup>15</sup> T. SKUTNABB-KANGAS, L. MAFFI, D. HARMON, *Sharing a World of difference...*, op.cit.

<sup>16</sup> J.D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación...”, op. cit., p. 89.

Por lo tanto, la diversidad cultural existente entre los pueblos indígenas puede garantizar la generación de un desarrollo humano más acorde con los desafíos del presente<sup>17</sup>. Coincidiendo con esa opinión, nos parece fundamental estar atentos a las distintas manifestaciones de la diversidad cultural y valorar su riqueza, en especial la de las culturas indígenas.

## **B. Universalismo de entrecruzamientos**

Nuestro proyecto no se enmarca en un relativismo cultural radical, que sobrevaloraría el derecho a la diferencia imposibilitando cualquier apreciación de las culturas o diálogo entre ellas, ni en un rechazo a la universalidad de los derechos humanos, sino en la voluntad de aproximar esa universalidad de los derechos humanos desde una perspectiva más abierta para enriquecerla<sup>18</sup>.

Nos situamos más bien en una relatividad, que consiste en asumir que el mundo consta de distintas culturas y que éstas tienen un igual derecho a ser reconocidas como sistema de valores que guían a un grupo de hombres y a ser apreciadas, siempre que se adopten criterios adecuados. Sólo el respeto mutuo y el intercambio hacen posible el vivir juntos. La definición de unos derechos humanos universales sólo puede resultar de la contribución de todas las culturas.

Por lo tanto, como Joaquín HERRERA FLORES, apostamos no por un universalismo a priori o de partida, sino por un universalismo a posteriori de llegada, al que se llega después de un proceso conflictivo, discursivo, de diálogo<sup>19</sup>, en el que todas las culturas puedan ofrecer opciones y discutirlos en un plano de igualdad<sup>20</sup>, es decir un universalismo de entrecruzamientos<sup>21</sup>.

## **C. Interculturalidad**

Siguiendo a Joaquín HERRERA, proponemos un tipo de práctica, no universal ni multicultural sino intercultural, es decir “una práctica de los derechos

---

<sup>17</sup> Íd., p. 95.

<sup>18</sup> C. EBERHARD, “Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel: Réflexion critique sur une démarche”, (En línea), 7 de junio de 1998. Consultado en 2008. Disponible en : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/eberdhrefcrit.htm>

<sup>19</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p. 151.

<sup>20</sup> Íd., p. 180.

<sup>21</sup> Íd., p. 153.

insertándolos en sus contextos”<sup>22</sup>, y basada en el enriquecimiento mutuo de las culturas.

OLIVA describe la interculturalidad como el modelo sociopolítico de gestión de la diversidad cultural que parte del reconocimiento del valor y la riqueza de las culturas y por lo tanto favorece la comunicación intercultural y la convivencia equilibrada entre grupos diferentes<sup>23</sup>.

*“El modelo intercultural [es] aferrado al pluralismo cultural como propuesta política capaz de gestionar la diversidad cultural desde el favorecimiento de las relaciones interétnicas, y privilegiando el principio de igualdad, el principio de diferencia y el de interacción positiva e intercomunicación entre los diferentes grupos culturales”<sup>24</sup>.*

Al considerar los procesos culturales como dinámicos e interrelacionados y que las culturas se enriquecen en los contactos con otras culturas, el modelo intercultural constituye una evolución de las propuestas multiculturales, que valoran el desarrollo por separado, para combatir sus efectos negativos<sup>25</sup>:

*“La interculturalidad [...] sólo puede concretarse desde el reconocimiento de la alteridad, desde una valoración del mestizaje cultural y desde una concepción dinámica de las culturas, opuesta por lo tanto a aquella otra, propia de los multiculturalismos que la consideran como un todo inamovible o que ha de conservarse por separado en sus esencias tradicionales.*

*[...]*

*La apuesta pasa por lo tanto por el pluralismo cultural [...] un modelo político que favorezca la inclusión y la participación de todos los ciudadanos y los grupos culturales, garantizando la vitalidad de la sociedad civil y la paz, la interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales a un tiempo plurales, variadas y dinámicas”<sup>26</sup>.*

El teólogo y filósofo Robert VACHON habla de interculturalismo, que supera un mero perspectivismo cultural en el que cada cultura ve la misma cosa objetiva de modo subjetivo, para aproximar la realidad desde las sabidurías mutuamente enriquecedoras de nuestras tradiciones, culturas, cosmovisiones (prácticas, saberes,

---

<sup>22</sup> Íd., pp. 153-154.

<sup>23</sup> J. D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación...”, op. cit., p. 86.

<sup>24</sup> Íd., p. 87.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

creencias, mitos)<sup>27</sup>. En esos sentido, hace hincapié en la diferencia que hay entre pluralidad y pluralismo:

*“El pluralismo no es la pluralidad, y no puede reducirse a la unidad. La realidad no pretende unificarlo todo. Al contrario, busca la diversidad como condición presupuesta de la armonía. No busca la armonía a pesar de las diferencias. No confunde cohesión y coherencia, porque la cohesión no procede de la coherencia”<sup>28</sup>.*

Cuando hablamos de concepción intercultural de los derechos humanos, nos referimos entonces a una concepción que pueda servir de derecho común, como lo llama la jurista Mireille DELMAS-MARTY<sup>29</sup>. Ese derecho común no se encuentra en un solo sistema, sino en el entrecruzamiento de varios sistemas<sup>30</sup>. Se trataría entonces de intentar ordenar lo múltiple (que no es jerarquizar) sin reducirlo a la extensión hegemónica de un sistema único<sup>31</sup>, para llegar a un derecho común pluralista<sup>32</sup>, un “derecho común de la humanidad”, basado en una espiritualidad que pueda ser aceptada por todas las culturas y todas las religiones<sup>33</sup>.

Ese proceso de búsqueda no es, retomando las palabras del jurista Alain SUPIOT, un “proceso de uniformización de los pueblos y las culturas, sino “un proceso que se nutre de la diversidad en vez de intentar hacerla desaparecer”<sup>34</sup>. Como recalca OLIVA, requiere de un esfuerzo común para “avanzar hacia la conformación de un consenso ético de mínimos que habrá de surgir, no de la imposición o extensión de un único modelo de referencia, no desde el repliegue culturalista e identitario, sino precisamente desde la interrelación de sistemas ético-culturales diferenciados”<sup>35</sup>.

---

<sup>27</sup> R. VACHON, “Le mythe émergent qu’est le pluralisme et l’interculturalisme de la Réalité”, Conferencia dada en el seminario *Pluralisme et Société, Discours alterlatifs à la culture dominante*, organizado por el Institut Interculturel de Montréal, el 15 de febrero de 1997, p.34. Traducción libre. Disponible en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/horizonsinterculturels/articles/pluralism.htm>. Consultado en 2009.

<sup>28</sup> Íd., p. 19. Traducción libre.

<sup>29</sup> M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l’humanité*, Textuel, 2005.

<sup>30</sup> Íd., p. 13.

<sup>31</sup> Íd., p. 14.

<sup>32</sup> Íd., p. 15.

<sup>33</sup> Íd., p. 123.

<sup>34</sup> A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, 2005, p. 314. Traducción libre.

<sup>35</sup> D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación...”, op. cit., p. 91.

## D. Un consenso de mínimos éticos

Para favorecer el diálogo y la comunicación intercultural, y hacer frente a dos tendencias (la inmersión generalizada de muchos pueblos y culturas en una ética de corte exclusivamente occidental, o al contrario, el aislamiento como reacción contra la expansión del modelo occidental<sup>36</sup>), OLIVA propone un acercamiento intercultural para la definición de una “nueva ética global” basada en la tolerancia crítica y activa, la solidaridad y la democracia participativa<sup>37</sup>. Se trata de iniciar una “búsqueda de los más profundos valores humanos proporcionados por los diferentes sistemas éticos-culturales de los pueblos y las sociedades”, para asentar unos mínimos morales<sup>38</sup>, y de ese modo aproximarnos hacia “una nueva ontología del ser humano, y nueva teoría de los valores”<sup>39</sup>.

En esa misma línea, el filósofo Raimon PANIKKAR sostenía que los derechos humanos son un símbolo que corresponde a unos valores y unas representaciones, y que para ser universales deben ser universalizadas por la confrontación de los valores y de las representaciones que compartimos, y a partir del reconocimiento de nuestra “común humanidad”<sup>40</sup>.

SUPIOT, en su obra *Homo juridicus*<sup>41</sup>, da unos ejemplos de valores que están recogidos en la Carta africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y tendrían un alcance universal, como no separar al hombre de las relaciones que mantiene con sus semejantes (art. 28), asentar el principio de solidaridad (art. 129), afirmar el derecho de los pueblos a la protección del Medio Ambiente (art. 24), lo que nos parece acertado por las preocupaciones que sustentan nuestra tesis.

Para Joaquín HERRERA, los valores son preferencias sociales que se generalizan en un entorno determinado de relaciones influyendo en el modo de acceso a los bienes necesarios para vivir dignamente<sup>42</sup>. Entonces, la dignidad humana se compondría de la conjunción de valores de libertad, igualdad y vida<sup>43</sup>.

---

<sup>36</sup> Íd., p. 91.

<sup>37</sup> Íd., p. 92.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> R. PANIKKAR, “La notion de droits de l’homme est-elle un concept occidental”, *Interculture*, Vol. 18, N°1, Cahier 82, enero-marzo 1984, pp. 14-15.

<sup>41</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus...*, op. cit., p. 305.

<sup>42</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p. 130.

<sup>43</sup> Íd., p. 129.

Coincidimos con esas propuestas, y nos parece esencial enfocar nuestra reflexión en la identificación de unos valores mínimos compartidos. Por consiguiente, nuestro trabajo se enmarca en una aproximación teórica abierta a todas las propuestas culturales, atenta a las necesidades de la sociedad y que pretende sacar lo mejor de cada cultura, a través del diálogo, para llegar a una concepción compartida de los derechos humanos.

## II. PLURALISMO JURÍDICO

La visión de los derechos humanos y la definición del Derecho por las que apostamos son el resultado de una mirada crítica sobre la concepción occidental de los mismos, desde la perspectiva de la antropología jurídica. Ahora bien, sólo tomando distancia con nuestra cultura, podemos ver lo que hasta ahora era desapercibido<sup>44</sup>. Por eso, antes de plantear las definiciones que constituyen los postulados de esta tesis, identificaremos las características de esos conceptos mediante el análisis de otras culturas jurídicas<sup>45</sup>.

### A. Características y fallos de la conceptualización occidental

Conocer una cultura requiere partir de sus propios sistemas. En efecto, cada cultura tiene sus sistemas, con sus mitos y sus lógicas, propios, que corresponden a su vez a distintas visiones del mundo<sup>46</sup>. De allí se impone un tratamiento diatópico y dialogal<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> A. NICOLAU-COLL, R.VACHON, "Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico", (En línea), (s.f). Disponible en : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/agustivachon.htm>

<sup>45</sup> El filósofo Maurice MERLEAU-PONTY decía que el mundo era lo que vemos, pero debemos aprender a ver, y debemos apropiarnos esa visión. Destacaba la importancia de conocer el sentido, conocer lo vivido por el otro. Véanse M. MERLEAU-PONTY, *Le Visible et l'invisible*, Gallimard, Paris, 1964, pp.18-29.

<sup>46</sup> Véanse N. ROULAND, "Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme", *Revue Générale de Droit*, Faculté de Droit d'Ottawa, N°25, 1994, pp. 9-47; E. LE ROY, "Les fondements anthropologique et philosophique des Droits de l'Homme". (En línea), (s.f.). Consultado en 2009. Disponible en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/fdtsdh.htm>; y C. EBERHARD Christoph, "Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel: Réflexion critique sur une démarche", op. cit.

<sup>47</sup> A. NICOLAU-COLL, R. VACHON, "Etnicidad y derecho...", op. cit.

Por ese mismo motivo el análisis comparativo no debe basarse en la búsqueda de equivalencias homeomórficas (porque no existen analogías entre las culturas jurídicas), sino funcionales, es decir razonar en términos de objetivos<sup>48</sup>. En ese sentido es importante buscar preocupaciones similares entre las distintas culturas observadas, como nos invita a hacerlo el sociólogo Boaventura DE SOUSA SANTOS<sup>49</sup>, quién explica que términos y conceptos diferentes pueden revelar preocupaciones o aspiraciones similares, mutuamente inteligibles. Como lo subrayan el historiador Augusti NICOLAU-COLL y VACHON ese diálogo intercultural es lo que hace posible la emergencia de “un nuevo mito en el que se pueda entrar en comunicación y permita comprendernos bajo un mismo horizonte de intelegibilidad, que no sea exclusivamente el de una sola cultura”<sup>50</sup>.

Para nuestro viaje por las demás culturas, nos basaremos en los estudios de varios autores: el filósofo, sociólogo y politólogo José Vidal BENEYTO, los juristas y antropólogos del Derecho Christoph EBERHARD, Norbert ROULAND y Etienne LE ROY<sup>51</sup>.

## 1. Una concepción reductora del Derecho

El Derecho tiene como función regir las relaciones de los individuos en sociedad, por lo tanto hemos de buscar cuáles son las formas que rigen esas relaciones en otras culturas, y que remiten necesariamente a otras visiones del mundo.

La teoría de los arquetipos de Michel ALLIOT<sup>52</sup>, retomada por ROULAND y LE ROY<sup>53</sup>, y desarrolladas por EBERHARD en la obra *Dialogue Interculturel et Droits de l'Homme*, identifica las distintas visiones del mundo según unos arquetipos, es decir modelos organizacionales. Un arquetipo puede corresponder a varios modelos culturales. Llegan a la siguiente clasificación: el arquetipo de identificación, que corresponde a la tradición confuciana, el arquetipo de diferenciación o de

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, y C. EBERHARD, "Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel: Réflexion critique sur une démarche", *op. cit.*

<sup>49</sup> B. DE SOUSA SANTOS, "Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme", *Droit et Société*, N°35, 1997, p. 88.

<sup>50</sup> A. NICOLAU-COLL, R.VACHON, "Etnicidad y derecho...", *op. cit.*

<sup>51</sup> J. VIDAL BENEYTO (ed.), *Derechos Humanos y diversidad cultural: globalización de las culturas y derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 2006; C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, Éditions des écrivains, Paris, 2002; N. ROULAND, "Les fondements...", *op. cit.*; E. LE ROY, "Les fondements", *op. cit.*

<sup>52</sup> ROULAND y LE ROY se basaron en los trabajos de Michel ALLIOT. Véanse N. ROULAND, *L'Anthropologie juridique*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1990, p. 60.

<sup>53</sup> N. ROULAND, "Les fondements...", *op. cit.*

manipulación que encontramos en las culturas africanas o en las sociedades animistas, el arquetipo de sumisión, en el cual se basa la cultura islámica así como el modelo occidental. Por su claridad y vocación sintética<sup>54</sup>, partiremos de esa clasificación para sacar las conclusiones sobre la concepción occidental del derecho.

#### a. El arquetipo de identificación

Este arquetipo corresponde a la tradición confuciana<sup>55</sup> y se basa en el principio de dualidad y complementariedad, así como en la idea de armonía<sup>56</sup>.

Para los orientales, el mundo no fue creado sino existe desde la eternidad. No es el resultado de un ser externo, como Dios<sup>57</sup>. El mundo es infinito en cuanto a espacio y tiempo. Se autogobierna de manera espontánea a través del juego del *yin* y del *yang* - principios que se mueven en una dinámica complementaria y espontánea<sup>58</sup> - y deja que se combinen los contrarios<sup>59</sup>.

El orden, *Zhi*, es la expresión de la armonía<sup>60</sup>. En el universo, existe una identidad entre el orden cósmico y el orden humano<sup>61</sup>. La búsqueda de la armonía entre ambos órdenes se produce por el principio de autodisciplina, que es la inscripción del individuo en el cosmos<sup>62</sup>. La autodisciplina vinculada al *li* es un conjunto de conveniencias gobernadas por los ritos. Éstos organizan gran parte de la acción del hombre. Diseñan los modelos de conducta y comportamiento en relación con la importancia de la autorregulación de diversos colectivos (la familia, los gremios, las comunidades étnicas, etc.)<sup>63</sup>. La prevalencia de la autodisciplina y la autorregulación hace que la intervención del aparato administrativo sea mínima<sup>64</sup>.

El derecho, *fa*, es una potencia que rige el conjunto de la naturaleza e impone su voluntad a los hombres. Pero este se aplica más bien a los impíos o a quienes

---

<sup>54</sup> Como ocurre con cualquier modelización, la teoría de los arquetipos enfatiza las características destacadas, y se le puede oponer contra-ejemplos. Toda modelización es criticable. Su uso en este trabajo solo pretende permitir al lector concienciar la existencia de distintas visiones del mundo que implican formas diferentes de pensar el derecho y los derechos humanos, cuya demostración no constituye el objeto de nuestro trabajo.

<sup>55</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 152.

<sup>56</sup> E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

<sup>57</sup> N. ROULAND, "Les fondements...", op. cit., p.17

<sup>58</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 152-157.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

<sup>61</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit. pp. 152-157.

<sup>62</sup> E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

<sup>63</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 152-157.

<sup>64</sup> E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

ignoren los ritos, y a los extranjeros<sup>65</sup>. El *li* constituye la base de la acción de los gobiernos y el *fa* su excepción<sup>66</sup>. Por consiguiente, el hombre debe vivir en armonía con sus semejantes y con el resto del mundo, gracias a la educación, la observancia de los ritos, la búsqueda de arreglos y concesiones<sup>67</sup>.

En China por ejemplo, el ideal proclamado es la autorregulación y la autodisciplina individual. La integración de los distintos grupos a los que pertenece cada individuo determina las garantías de las que puede gozar. El derecho es moral y socialmente “desvalorizado” porque es percibido como una regla imperativa y externa que por su naturaleza vulnera el principio de autorregulación. Aunque las conveniencias, los ritos (el *li*) indiquen el camino a seguir (dado que los contrarios pueden liarse sin confundirse ni contradecirse)<sup>68</sup>, el derecho (*fa*) no es una anomalía. Como lo señala EBERHARD, el pensamiento chino<sup>69</sup> nos remite a la importancia de tener en cuenta al hombre, no sólo como un ser abstracto, sino como un ser social, inscrito en un multitud de redes<sup>70</sup>.

En Japón, la noción de derechos individuales no está bien definida<sup>71</sup>. Los litigios se arreglan en función de la voluntad de las partes. Si bien las leyes enuncian modelos de comportamiento éstas no son normas imperativas. Aunque el modo de vida se ha occidentalizado y que la fuerza de las obligaciones estatutarias han decaído, Japón no llegó a adoptar las concepciones occidentales del derecho. Lo esencial para los japoneses sigue siendo las normas de conducta (*giri-ninjō*) fijadas por la tradición para cada tipo de relación humana. La noción de deberes parece ser

---

<sup>65</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 152-157

<sup>66</sup> E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

<sup>67</sup> N. ROULAND, "Les fondements...", op. cit., p.17.

<sup>68</sup> Íd., p. 24-26. Nos encontramos con las ideas de: pluralidad de modelos (orden jurídico impuesto/negociado), derecho flexible que los antropólogos del derecho observan también en las sociedades postmodernas.

<sup>69</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p 156. EBERHARD cita a L. VANDERMEERSCH: Los rasgos del pensamiento chino son: el monismo político (el orden político es necesariamente monárquico); el concepto de orden social autorregulado (el Estado interviene solo cuando fallan los mecanismos autorreguladores); el papel atribuido, en esa autorregulación, a la organización familiar (ésta consta de estructuras de autoridad muy claras y puede garantizar la cohesión de grupos bastante amplios; así como la “ritualización” de la conducta (gracias a la cual los hechos y los gestos de cada uno se integran en el orden ritual general). En el ámbito religioso, se destaca la ausencia de oposición entre lo sagrado y lo profano. En el ámbito del derecho, la relación de complementariedad entre ritos, que rigen las relaciones sociales, y el derecho penal que interviene en los casos en los que los ritos no son suficientes. Traducción libre.

<sup>70</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 157.

<sup>71</sup> Lo que se explica por la tendencia a la negociación, la búsqueda de un término medio. Por eso, los derechos individuales no llegan a tener la misma importancia que en la cultura occidental. E. LE ROY, "Les fondements...", op. cit.

más fuerte que la de derechos. Los roles sociales de cada uno se conciben y ejercen de manera distinta según las relaciones particulares que existen (o no) entre las partes. Los derechos correspondientes pueden variar según la índole de esas relaciones. Hoy en día se da menos importancia al estatuto (comparado con la África subsahariana). No cabe lugar para la noción de Estado de derecho. En el centro de las regulaciones sociales no está el vínculo con la ley, sino el recordatorio del respeto a los ritos y el principio de autodisciplina<sup>72</sup>.

EBERHARD, citando a W.M. Theodore De Bary, apunta que la tradición confuciana llama la atención por su desconfianza en el derecho y la importancia que da al “ejercicio de la civilidad y del mutuo respeto a través de la observancia de los ritos, entendidos como un ‘*décorum civil*’ que representan sentimientos de atención humana y de respeto por los demás”.<sup>73</sup>

#### *b. El arquetipo de diferenciación o de manipulación*

Para este arquetipo el mundo nace del caos por la diferenciación de fuerzas diferentes pero complementarias. El hombre desempeña un papel primordial en el mantenimiento de la armonía cósmica mientras que el derecho se caracteriza por la manipulación. Dado que la armonía es el resultado de la complementariedad, la solución a los problemas se tiene que buscar en el seno del grupo. El arquetipo de la diferenciación corresponde al mundo del antiguo Egipto, África, así como las sociedades animistas repartidas por el mundo<sup>74</sup>.

Los principios de orden y desorden se juntan en un equilibrio siempre en tensión, lo que nos permite afirmar que existe un pluralismo. En ese sentido, el derecho no es el resultado uniforme de una función organizadora monopolizada por un órgano político<sup>75</sup>.

La visión del mundo de las sociedades animistas estriba en la idea según la cual el universo está construido con base a una circulación de energías y donde el principio vital, el *ánima*, está regulado por el movimiento mismo de esas energías.

---

<sup>72</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, op. cit. De allí se entiende la dificultad de implementar un sistema de declaraciones de derechos. N. ROULAND, op. cit., p. 17.

<sup>73</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 157.

<sup>74</sup> *Íd.*, pp. 157-164.

<sup>75</sup> *Ibid.*

Ese movimiento tiende al equilibrio a través de la búsqueda de la interdependencia y complementariedad de todos los factores: “el buen vivir” según los amerindios<sup>76</sup>.

Esa visión valora la autorregulación: cada grupo tiene su derecho y lo adapta a los nuevos retos de la sociedad. De ahí el uso de la costumbre y de la mediación para resolver los conflictos. El ser humano como tal sólo puede acceder a la vida legal a través de su inscripción en una comunidad. Además, existe un principio de reciprocidad entre derechos y obligaciones<sup>77</sup>.

En la África tradicional, las distintas funciones ejercidas por cada persona le otorgan un estatuto, y por lo tanto un conjunto de derechos y deberes<sup>78</sup>. La relación se crea a través de la especialidad de cada uno porque los unos necesitan a los otros para vivir<sup>79</sup>. La diferencia constituye la base de la unidad. El papel atribuido al hombre se refleja en la lógica original de la costumbre africana, que no hay que confundir con el derecho consuetudinario: no se trata de normas no escritas, sino de “la manera de decir, las maneras de hacer de los antepasados”, y que en su componente jurídico valora la negociación de consensos entre las partes, con el propósito de restaurar la armonía social; siendo lo ideal el arreglo de los conflictos en el seno del grupo donde éstos nacieron, tomando como referencia los modelos de conducta y de comportamiento compartidos por el grupo<sup>80</sup>.

### *c. El arquetipo de articulación*

Lo que caracteriza ese arquetipo es la voluntad de juntar los contrarios jerarquizándolos<sup>81</sup>. Por ejemplo, la India, que comparte con África su preocupación por la noción de deberes, insiste en la integración del hombre en el cosmos, en el seno del conjunto jerarquizado de relaciones que apuntan a la armonía universal<sup>82</sup>. La cosmología india no es dualista<sup>83</sup>, sino estriba en una construcción ternaria en la que la realidad consta de tres mundos (*triloka*)<sup>84</sup>: el cielo (*svarga*), la tierra (*bhūmi*) y el infierno (*pātāla*)<sup>85</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, *op. cit.*

<sup>78</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>79</sup> *Íd.*, p. 158.

<sup>80</sup> *Íd.*, pp. 159-161.

<sup>81</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, *op. cit.*

<sup>82</sup> N. ROULAND, “Les fondements...”, *op. cit.*, p. 23.

<sup>83</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, *op. cit.*, pp.159-166.

<sup>84</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, *op. cit.*

<sup>85</sup> Véanse Wikipedia, entrada *triloka*.

El *dharma* es una noción fundamental. Es lo que mantiene, da fuerza y cohesión a todo lo que existe<sup>86</sup>. Se manifiesta en la religión (lo que mantiene el universo), la moral (lo que mantiene el ser en armonía), la ley (que unifica las relaciones humanas), la justicia (que las mantiene juntas), la verdad (o cohesión interna de una cosa)<sup>87</sup>. Tiene consecuencias éticas, jurídicas y sociales<sup>88</sup>. El *dharma* radica en las *Veda*, que son verdades religiosas y morales, y constituyen la fuente suprema; la tradición (*smṛti*), lo que se recuerda; la buena costumbre, es decir la manera de vivir de las buenas personas, quienes fueron educadas<sup>89</sup>; y por fin, el consentimiento interno o aprobación de su propia consciencia, que sólo interviene en caso de ausencia de otra referencia y más bien reservada a los individuos de mucha virtud.

Si bien el *dharma* es el principio último de coherencia y su realización constituye un ideal esencial para cada individuo, y de ese modo el eje del derecho y la referencia para medir lo justo, el pensamiento indio reconoce otras formas de motivaciones humanas. El *dharma* (el bien) está completado por el *artha* (lo útil), y el *kama* (lo que produce placer)<sup>90</sup>. Por consiguiente, estamos en un arquetipo que articula órdenes impuestos y aceptados, y en menor medida negociados, con las dimensiones divina, cósmica y humana de la existencia y las diversas motivaciones de los humanos y que tiende por esa vía a incorporar a su estructura todo sistema de pensamiento que pueda presentarse<sup>91</sup>.

Por otra parte cabe notar que el *dharma* se basa en la idea de deberes: cada uno debe cumplir con los derechos que le son propios y varían según su edad, su sexo y condición social<sup>92</sup>. No se trata de poner de manifiesto un derecho de un individuo contra el derecho de otro, o de un individuo hacia la sociedad, sino de determinar el carácter dhármico (verdadero, justo, consistente) o adhármico de una cosa o de una acción en el seno del conjunto del complejo teo y antropocéntrico de la realidad<sup>93</sup>.

Raimon PANIKKAR explicaba que, en este tipo de cultura, “el deber del individuo es defender sus derechos; es encontrar su sitio en relación con la sociedad,

---

<sup>86</sup> N. ROULAND, “Les fondements...”, op. cit., p. 23.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit, p. 168.

<sup>89</sup> Se distingue de la costumbre entendida por la cultura occidental como prácticas individuales que pueden llegar a ser fuentes de derecho.

<sup>90</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp.168-169.

<sup>91</sup> *Íd.*, p. 169.

<sup>92</sup> N. ROULAND, “Les fondements...”, op. cit., p. 23.

<sup>93</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, op. cit.

el cosmos, así como con el mundo trascendente [...] el individuo no es más que un nudo que forma parte intrínseca de la red de relaciones que constituyen la base de lo real”<sup>94</sup>. “Es ante todo su posición en la red la que determina el conjunto de derechos que puede poseer un individuo”<sup>95</sup>.

#### *d. El arquetipo de sumisión*

En ese modelo, el mundo, el universo fue creado y se rige desde el exterior por un creador único y eternal. Este arquetipo es propio de las tradiciones del Libro, caracterizado por el monoteísmo<sup>96</sup>. En efecto, la idea de que el mundo está sometido a leyes universales e intangibles es propia de las civilizaciones monoteístas<sup>97</sup>.

Éstas comparten también la creencia de que el mundo está ordenado por las leyes que el Hombre puede conocer y observar. Ahora bien, esa creencia es totalmente extraña a otras grandes civilizaciones<sup>98</sup>.

En el Islam ese modelo estriba en la sumisión a Dios y a la ley divina. En efecto, no existe separación entre lo sagrado y lo profano, y el derecho no dimana de una institución humana<sup>99</sup>. Por lo tanto, el Estado no es creador de derecho. Este se encuentra en la ley divina. La completa, si es necesario, no un órgano estatal, sino los más sabios de la comunidad de creyentes<sup>100</sup>.

La teología ilumina e instituye lo jurídico<sup>101</sup>. La fuente directa de la *Sharia*, el Derecho islámico, es Dios. La *Sharia* se impone a las instituciones humanas, a las que puede dar o quitar legitimación. El papel del Estado consiste ante todo en asegurar el cumplimiento de la ley divina, permitiendo de ese modo que todos los ciudadanos consigan la dignidad ligada a ese cumplimiento<sup>102</sup>. La *Sharia* cubre todos los ámbitos del derecho, incluidos los derechos humanos<sup>103</sup>. Si bien la revelación divina tiene lugar una vez por todas, corresponde a los hombres, con sus esfuerzos

---

<sup>94</sup> R. PANIKKAR, “La notion de droits de l’homme est-elle un concept occidental”, op. cit., pp. 17-18.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> C. EBERHARD, *Droits de l’Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 138-145.

<sup>97</sup> A. SUPLOT, *Homo juridicus...*, op. cit., p. 282.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> C. EBERHARD, *Droits de l’Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 142-145.

<sup>100</sup> N. ROULAND, “Les fondements...”, op. cit., p. 17.

<sup>101</sup> J. VIDAL BENEYTO, *Derechos Humanos y diversidad cultural...*, op. cit., p. 165.

<sup>102</sup> C. EBERHARD, *Droits de l’Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 142-145.

<sup>103</sup> J. VIDAL BENEYTO, *Derechos Humanos y diversidad cultural...*, op. cit., p. 165.

continuos, interpretar esa revelación para acercarse lo más que puedan al ideal divino<sup>104</sup>.

Las fuentes del Derecho islámico son: el Corán (primera fuente que corresponde a la palabra directamente revelada por Alá), los *ahadith* (recopilaciones de los dichos del Profeta Muhammad), o los *Igma* (unanimidad de los estudios del Islam) y los *fatwas* (opiniones de los *muftis*, expertos que interpretan las fuentes de la ley islámica, que no gozan de valor jurídico vinculante pero que son moralmente obligatorios)<sup>105</sup>.

Desde el punto de vista de la flexibilidad del derecho, podemos considerar esa visión del derecho como abierta, dado que el derecho se ve como algo que nunca se puede terminar de conocer, y que existe, en el seno de la tradición, una pluralidad de referentes<sup>106</sup>. Detrás de una unidad de principio afirmando que sólo existe un Dios, una comunidad de creyentes (*Umma*) y un mensaje coránico (una sola declaración de los cinco pilares de la fe), el Islam admite otros referentes: el profeta, los distintos ritos, las escuelas y hermandades que interpretan a su manera el mensaje coránico. Es una sola palabra y un sólo derecho. Sin embargo, al lado del Corán y de la *Sharia* existen otras fuentes jurídicas, en el razonamiento de los juristas o las costumbres locales.

En definitiva, en los países islámicos existe una doble legislación: por un lado la *Sharia*, y por otro lado la constitución y los códigos, que generalmente están inspirados en la teoría y práctica occidentales en la materia<sup>107</sup>.

En el modelo occidental se trata de una sumisión al Estado y al derecho estatal<sup>108</sup>. El mundo fue creado por un único Dios, externo a su creación, y que lo gobierna con soberanía a través del poder coercitivo uniforme de sus leyes, y que guía a los hombres hacia la salvación<sup>109</sup>. En la modernidad occidental, el Estado se sustituyó a Dios y se convirtió en creador de derecho; “el Estado es el avatar laicizado del Dios cristiano” decía Michel ALLIOT<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 142-145.

<sup>105</sup> Family Planning Association El Cairo, *La circuncisión femenina y la religión*. En línea, (s.f). Disponible en: <http://mgf.uab.es> (apartado MGF).

<sup>106</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 142-145.

<sup>107</sup> J. VIDAL BENEYTO, *Derechos Humanos y diversidad cultural...*, op. cit., p. 165.

<sup>108</sup> EBERHARD se refiere aquí más bien a la tradición euro-continental, es decir sistémica y positivista, que es distinta a los sistemas de Common law.

<sup>109</sup> N. ROULAND, “Les fondements”, op. cit., p. 17.

<sup>110</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 145.

Al igual que la figura del Leviatán de Hobbes, el Estado es una figura renovada de la autoridad única, que une la diversidad con la unidad impuesta de la autoridad que la organiza<sup>111</sup>. Como lo apunta EBERHARD, aquello dificulta que se tenga en cuenta la diversidad; lo ideal siendo siempre alcanzar la unicidad, con la uniformización de las normas y los estatutos<sup>112</sup>.

#### *e. El arquetipo de racionalización*

Este arquetipo no remite a un modelo cultural en sí. Según EBERHARD se inscribe en la continuidad del arquetipo de sumisión, y tal y como queda interpretado por la modernidad occidental<sup>113</sup>.

El mundo y la organización jurídica, económica y social pertenecen al ámbito del sistema, de lo racional. El hombre intenta imponer su orden al caos natural mediante instrumentos racionales. Se trata de la sumisión al sistema y a las normas y, en última instancia, a la racionalidad en la que estriba. Una buena ilustración de ello es la globalización que transforma el derecho en una herramienta de gestión eficaz de las sociedades apuntando al ideal económico<sup>114</sup>.

#### *f. Conclusiones*

Del análisis anterior, se hace visible con bastante claridad las características del modelo jurídico occidental y su concepción del derecho. Establece una separación entre el individuo y la sociedad así como entre el género humano y el cosmos. De ahí su carácter individualista y antropocentrista. Se centra sobre todo en derechos, y no tanto deberes. Ahora bien, los deberes remiten a la responsabilidad y son interdependientes con los derechos.

Es un derecho impuesto (a sus destinatarios) y se distingue de un derecho negociado. Refleja más bien relaciones interestatales, con un concepto de Estado unificador; el Estado-Nación. Son derechos absolutos a diferencia de los derechos relativos que son función de un contexto social y cultural. Además tiende a uniformizar el derecho.

---

<sup>111</sup> E. LE ROY, “Les fondements...”, op. cit.

<sup>112</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 145.

<sup>113</sup> *Íd.*, pp. 145-152.

<sup>114</sup> *Ibíd.*

Por otra parte, el lugar ocupado por el derecho y la ley es distinto a otras culturas. Como bien señala el jurista Philippe JESTAZ, los occidentales no ven otras alternativas al derecho y la ley para regir la sociedad, mientras que en las demás culturas prevalecen las costumbres (entendidas como normas de conducta, ritos), siendo el derecho subsidiario; solo interviene en última instancia para luchar contra los comportamientos asociales<sup>115</sup>.

## **2. Una concepción parcial de los derechos humanos**

De los instrumentos jurídicos regionales se desprenden concepciones de los derechos humanos. Retomando los estudios antes citados por tipo de cultura, nos detendremos en éstas, con el propósito de confrontarlas a la concepción occidental.

### *a. Cultura africana*

Las comunidades étnicas africanas son comunidades holísticas en las cuales lo comunitario prevalece sobre lo individual, lo que significa que la comunidad prevalece sobre el individuo. El individuo depende totalmente de la comunidad a la que pertenece: el individuo no puede existir por sí sólo sino que existe de forma corporativa. La comunidad hace, crea o produce al individuo, el cual depende de todo el grupo<sup>116</sup>. Ese “colectivismo” tiene como consecuencia, entre otras, un concepto distinto de los derechos humanos, que hace hincapié en valores colectivos y según el cual los derechos del individuo están sujetos a los de la comunidad y remiten a deberes correspondientes<sup>117</sup>.

Según la tradición africana, la persona se realiza y goza de garantías por pertenecer a distintos grupos. Si es así, y siguiendo un esquema piramidal, entonces

---

<sup>115</sup> P. JESTAZ, *Le Droit*, Dalloz, Paris, 2012, p. 140.

<sup>116</sup> D. HABIYAKARE, “Familia y cultura africana”, En D. BOROBIO, *Familia e interculturalidad*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2003, pp. 371ss.

<sup>117</sup> D.C Don NANJIRA, “Perspectivas africanas sobre derechos humanos”, En J. VIDAL BENEYTO (coord), *Derechos humanos y diversidad cultural. Globalización de las culturas y derechos humanos*, Icaria, 2006, pp. 113-135. También significa que no cumplir con las normas de la comunidad es cometer una ofensa contra la comunidad y atentar contra su supervivencia. Por otra parte, la armonía de la comunidad se mantiene a través de las funciones que desempeñan cada uno de sus miembros.

esa persona forma parte de una comunidad mundial a través de sus distintas afiliaciones<sup>118</sup>.

Los mecanismos desarrollados por las instituciones regionales de derechos humanos procuran preservar esas particularidades y al mismo tiempo respetar los derechos fundamentales<sup>119</sup>. Toda la dificultad de dicho ejercicio está en la organización de la coexistencia entre derechos humanos (entendido como individuales) y derechos de solidaridad<sup>120</sup>.

La *Carta africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos* constituye una síntesis de las distintas concepciones ideológicas existentes en el continente africano. Esta asocia los derechos humanos con los derechos de los pueblos, que ocupan un lugar importante. Por otra parte, hace corresponder deberes con los derechos individuales<sup>121</sup>.

El “trauma fundador”, como lo llama EBERHARD, que conllevó a los africanos a adoptar un instrumento jurídico regional de protección de los derechos humanos fue la esclavitud y la colonización. De ahí la importancia atribuida a los derechos de los pueblos<sup>122</sup>:

*“Todos los pueblos tendrán derecho a la existencia. Tendrán el incuestionable e inalienable derecho a la autodeterminación. Decidirán libremente su status político y procurarán su desarrollo económico y social según la política que ellos mismos hayan escogido libremente” (artículo 20.1).*

[...]

*Los pueblos colonizados u oprimidos tendrán derecho a liberarse de las ataduras de la dominación recurriendo a cualquier medio reconocido por la comunidad internacional (art. 20.2); a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales (art.21); a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad (art. 22); a la paz (art. 23); a un entorno general satisfactorio favorable a su desarrollo (art. 24)”.*

La Carta consagra una visión particular del derecho al desarrollo: no se trata sólo de un derecho al crecimiento económico sino que tiende igualmente a garantizar

---

<sup>118</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp. 72-87.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> N. ROULAND, “Les fondements...”, op. cit., p. 22.

<sup>121</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 73.

<sup>122</sup> *Íd.*, pp. 72-74.

un desarrollo conforme a las distintas culturas y tradiciones, y enfatiza su componente cultural<sup>123</sup>. Además, el artículo 21.5 estipula que “los Estados firmantes de la presente Carta se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, en especial la llevada a cabo por los monopolios internacionales”.

La otra originalidad de la Carta consiste en equilibrar los derechos humanos con el reconocimiento de deberes humanos hacia la familia, la sociedad, el Estado, las colectividades legalmente reconocidas y la comunidad internacional. Así pues, más que en el individuo abstracto, figura central en las declaraciones occidentales, la Carta se centra en la persona, es decir, el individuo concreto integrado en una red de relaciones sociales y culturales<sup>124</sup>.

### *b. Culturas islámicas*

Existen varias declaraciones islámicas de derechos humanos que reflejan la multiplicidad de las corrientes del Islam<sup>125</sup>. El Consejo islámico para Europa adoptó en 1981, bajo los auspicios de la UNESCO, una *Declaración islámica universal de derechos humanos*. En 1990 fue adoptada la *Declaración del Cairo sobre los derechos humanos en el Islam*, por representantes de Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica. En 1994, el Consejo de la Liga Árabe adopta la *Carta árabe de Derechos Humanos*, cuyo texto fue revisado y actualizado en 2003<sup>126</sup>.

Determinados rasgos de la *Declaración islámica universal de derechos humanos* se aproximan a las concepciones anteriores a la modernidad (afirmación del origen divino de los derechos humanos, superioridad de los derechos de Dios sobre los derechos de los seres humanos)<sup>127</sup>. Otros, numerosos, coinciden con las declaraciones occidentales modernas (igualdad entre los seres humanos, condena de la tortura, libertad de conciencia y de culto) o retoman concepciones a las cuales adhirieron sociedades tradicionales no islamizadas (el carácter relativo de la Razón,

---

<sup>123</sup> *Íd.*, pp. 72-87.

<sup>124</sup> *Íd.*, p.74.

<sup>125</sup> *Ibíd.*

<sup>126</sup> En el momento en el que escribe EBERHARD, no ha sido revisada la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, que había sido muy criticada.

<sup>127</sup> *Ibíd.*

declaración de deberes)<sup>128</sup>. Podemos destacar algunas disposiciones interesantes que no encontramos en nuestras sociedades, como por ejemplo la sacralidad del cuerpo<sup>129</sup>. También proclama el derecho inalterable a la libertad, cultural en particular, de cada individuo y de cada pueblo, y que conlleva un derecho y un deber de resistencia a la opresión, hasta la contestación de la autoridad más alta del Estado<sup>130</sup>.

Sin embargo, muchos juristas consideran esta declaración incompatible con los principales instrumentos internacionales de consagración de los derechos humanos<sup>131</sup>. En efecto, en ella consta que la libertad religiosa sólo puede ejercerse en el marco de la ley divina, que distingue entre musulmanes y no musulmanes. Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos se basa en la interdicción de toda discriminación de carácter religioso. Asimismo, ciertas penas (por ejemplo las amputaciones) atentan contra los derechos humanos considerados como intangibles. Finalmente, la *Sharia* debe primar sobre cualquier otra norma obligatoria de derecho internacional, lo que es claramente contrario a los principios constitutivos de este último<sup>132</sup>. Por otra parte, la declaración no se refiere en absoluto a las desigualdades entre hombres y mujeres, y a los derechos políticos de los no-musulmanes; como tampoco hace referencia a los castigos corporales<sup>133</sup>.

Finalmente, cabe notar que este instrumento no beneficia de una gran representatividad dado que no contó con la participación de los chiitas<sup>134</sup>.

La *Declaración del Cairo sobre los derechos humanos en el Islam* es la que probablemente más autoridad tiene<sup>135</sup>. No se dirige a todos los hombres sino en especial a los musulmanes y contiene una referencia explícita y reiterada a Dios como fuente de todo derecho. Un conjunto de artículos detallan los derechos humanos y mencionan los derechos a la vida, a la integridad física, a contraer matrimonio y al trabajo. Por otra parte, prohíbe el colonialismo y declara el derecho de los pueblos a la libertad y la libre determinación (política y económico)<sup>136</sup>. La Declaración incluye

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> N. ROULAND, "Les fondements...", *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>130</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, *op. cit.*, pp. 76-77.

<sup>131</sup> *Ibíd.*

<sup>132</sup> *Ibíd.*

<sup>133</sup> *Íd.*, p. 77.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

<sup>135</sup> *Ibíd.* En el momento en el que escribe EBERHARD, no ha sido revisada la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, que había sido muy criticada.

<sup>136</sup> *Ibíd.*

también deberes por ejemplo: la mujer, igual en dignidad al hombre, no sólo tiene derechos sino también deberes<sup>137</sup>.

Todos los derechos y libertades de esa declaración están sujetos a la *Sharia* islámica (artículo 24), única fuente de referencia para la explicación y clarificación de cualquier artículo de esa declaración (art.25)<sup>138</sup>. Carece de separación entre lo político, lo jurídico, lo social y lo religioso. Coloca en el centro de sus preocupaciones no al Hombre abstracto, sino al hombre creyente, ligado a numerosas relaciones que están también determinadas por su religión<sup>139</sup>.

La *Carta árabe de Derechos Humanos* de 2003 hace referencia tanto a La Carta internacional de Derechos Humanos como a la Declaración de El Cairo de 1990 y a los principios del Islam y las leyes divinas. Entró en vigor el 15 de enero de 2008, ratificada por siete Estados árabes<sup>140</sup>. Su preámbulo proclama los principios de libertad, igualdad y fraternidad entre los seres humanos. Reconoce una serie de derechos de los pueblos (a la libre determinación, a disponer de su riqueza y sus recursos naturales, a establecer su régimen político); así como libertades y derechos individuales civiles (el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de las personas, el derecho a la vida privada y familiar, al matrimonio, a la protección de la familia, a la propiedad privada, a la libre circulación de personas, a la nacionalidad y al asilo político, el principio de la presunción de inocencia, el principio de irretroactividad de las leyes penales, excepto más favorables, el principio de legalidad de la pena, el derecho a un proceso equitativo); libertades y derechos políticos (la libertad de creencia, de pensamiento y de religión, el derecho a la información, la libertad de expresión, siempre que no atente contra la libertad de otras personas, el derecho de reunión, la libertad de asociación pacífica, el derecho a sindicarse y el derecho de huelga); y derechos económicos, sociales y culturales (el derecho a la sanidad, al trabajo, a un nivel de vida suficiente etc.)<sup>141</sup>.

Aunque parece ajustarse a los estándares internacionales presenta algunas limitaciones. Por ejemplo, reconoce la igualdad entre hombres y mujeres ante la ley pero no hace referencia a su igualdad en la misma. Se prohíbe la tortura sin prohibir

---

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> *Ibid.*

<sup>140</sup> Argelia, Bahrein, Emiratos Árabes Unidos, Jordania, Libia, Palestina y Siria.

<sup>141</sup> Página web del Centro Árabe de Estudios sobre Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos <http://www.acihl.org/>

expresamente las penas crueles, inhumanas o degradantes ni se dicta la abolición de la pena de muerte.

Aunque los derechos humanos islámicos se caractericen por su índole divina, no son uniformes. Son, ante todo, los derechos de Dios. En la cumbre de la jerarquía de las normas no están las libertades y los derechos fundamentales sino la Revelación. Las propias interpretaciones de la Revelación conforman el abanico de interpretaciones islámicas de la problemática de los derechos humanos, más o menos cercana al modelo occidental, que van desde el rechazo total hasta las adaptaciones<sup>142</sup>.

De esos distintos textos EBERHARD saca tres enseñanzas, que nos parecen acertadas<sup>143</sup>. En primer lugar, se afirma la superioridad de la civilización islámica y la comunidad de creyentes sobre todas las demás. EBERHARD nos invita a reflexionar sobre nuestra práctica y nuestros discursos: ¿no tendemos a considerar nuestra cultura humanista fundada en la Razón como la más civilizada? En segundo lugar, parece inevitable incorporar, de una manera u otra, a nuestra reflexión intercultural sobre los derechos humanos, la índole espiritual del Hombre. En tercer lugar, nos hace tomar conciencia de la importancia de la integración e interpretación de los derechos humanos en distintos contextos culturales, para que, por un lado, puedan cobrar sentido, y por otro lado, incorporarse a las prácticas.

### *c. Culturas asiáticas*

No existe ningún sistema de protección regional de derechos humanos en Asia. Sin embargo, encontramos una multitud de declaraciones de todo tipo<sup>144</sup>.

La *Declaración de los deberes fundamentales de los pueblos y de los Estados asiáticos*, adoptada por el Consejo regional de derechos humanos en Asia en 1983, impone a los Estados y a los pueblos deberes que apuntan a facilitar el respeto de los derechos individuales y colectivos<sup>145</sup>.

Por otra parte, en China aparecieron declaraciones procedentes de entornos hostiles al gobierno comunista y favorables a la democracia política: *el Manifiesto de derechos humanos en China* de la Liga China de derechos humanos, fundada en

---

<sup>142</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., p. 80.

<sup>143</sup> *Íd.*, pp. 79-80.

<sup>144</sup> *Íd.*, p. 81.

<sup>145</sup> *Íd.*, pp. 81-82.

1979; la *Declaración china de derechos humanos*<sup>146</sup>, y la *Declaración de Bangkok*, adoptada en 1993 por los representantes de Estados asiáticos para comunicar su postura en la Conferencia mundial sobre derechos humanos en Viena de 1993.

Ésta última destaca en particular el derecho a la libre determinación, al desarrollo y el derecho de los grupos vulnerables. Igualmente, recuerda la necesidad de explorar las posibilidades de implantar un sistema de protección regional asiático y llama la atención sobre “la necesidad urgente de democratizar el sistema de Naciones Unidas, eliminar la selectividad y mejorar los procedimientos y mecanismos para reforzar la cooperación internacional, basada en los principios de igualdad y mutuo respeto, así como garantizar una aproximación positiva, equilibrada y no-conflictiva para realizar todos los aspectos de los derechos humanos” (punto 3). Insiste también en la necesidad de una mayor representación de los países en vía de desarrollo en el centro de Naciones Unidas (punto 30), en la prohibición de usar los derechos humanos para condicionar la ayuda al desarrollo o como instrumento de presión política (puntos 4 y 5). A la vez que reafirma la universalidad, la objetividad y la no-selectividad de los derechos humanos (punto 7) y reconoce la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos (punto 10), insiste en la necesidad de considerar los derechos humanos “en el contexto de un proceso dinámico y evolutivo de creación de normas internacionales, recordando la importancia de las particularidades nacionales y regionales así como los diversos trasfondos históricos, culturales y religiosos” (punto 8). No se trata entonces de relativizar el proyecto que representan los derechos humanos, es decir asegurar a todos los seres humanos una vida digna, sino abrir este proyecto a todos los seres humanos<sup>147</sup>.

Desde esa perspectiva, los derechos humanos deben referirse no sólo a los hombres sino también al conjunto del desarrollo cósmico (lo que incluye las divinidades, los hombres, los animales, etc.). No deben ser sólo derechos sino también deberes, siendo ambos aspectos interdependientes. No pudiendo aislarse, son relativos y deben formar un conjunto armonioso<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Íd. Ambas parecidas a las declaraciones occidentales, enfocando los derechos individuales y la igualdad.

<sup>147</sup> Íd., pp.169-170.

<sup>148</sup> C. EBERHARD, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, op. cit., pp.169-170; N. ROULAND, “Les fondements”, op. cit. p.23.

En 2012 la ASEAN<sup>149</sup> aprobó una *Declaración de Derechos humanos*<sup>150</sup>, que por lo tanto constituye el primer instrumento jurídico adoptado por una organización internacional asiática, con personalidad jurídica. Tiende a acoger la universalidad de los derechos humanos, pero ajustada a las necesidades y particularidades nacionales y regionales (aunque no se usen esos términos).

*“All human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. All human rights and fundamental freedoms in this Declaration must be treated in a fair and equal manner, on the same footing and with the same emphasis. At the same time, the realisation of human rights must be considered in the regional and national context bearing in mind different political, economic, legal, social, cultural, historical and religious backgrounds”*(art. 7).

Consagra principios como la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos, los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad (mujeres, migrantes etc.). Contempla un derecho al desarrollo, que requiere de la cooperación entre Estados, y un derecho a la paz para las personas y los pueblos en el marco del ASEAN. Reconoce derechos civiles y políticos (libertad, seguridad, la prohibición de la esclavitud y los tratos inhumanos o degradantes), principios como la legalidad de la pena y la presunción de inocencia), y derechos económicos y sociales (educación, salud ect). Sin embargo, muchos de esos principios y derechos se ven limitados o condicionados al derecho nacional (art. 11), a la seguridad nacional, el orden o la moral pública (art.8), al ejercicio de deberes (art. 6) o derechos ajenos (art.8).

#### *d. Cultura hindú*

En la cultura hindú, donde existe un sistema de castas con parias, los derechos individuales son sólo y únicamente función del sitio que los individuos ocupan en la sociedad y del universo.

La confrontación de la visión hindú con la del Occidente moderno, que le es opuesta ya que desvincula al individuo de la sociedad, nos muestra que ambas lógicas, tal y como son, no pueden ser satisfactorias para fundamentar unos derechos humanos universales<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Asociación de Naciones de Asia del Sur-Este.

<sup>150</sup> Texto que no existía en el momento en el que escriben los autores citados. Véanse la página web de la Organización : <http://www.asean.org/>

<sup>151</sup> N. ROULAND, id., p.24.

### e. Conclusiones

Si bien los Derechos Humanos se fundamentan en la dignidad humana y podemos afirmar que son el resultado de los procesos de lucha por ésta<sup>152</sup>, existen muchas formas de luchar por la dignidad en el mundo<sup>153</sup>. El concepto surgió en un contexto cultural particular (Occidente), y, como nos lo recordaba Joaquín HERRERA, “se ha difundido por todo el globo como si fuera el mínimo ético necesario para luchar por la dignidad”<sup>154</sup>. Joaquín HERRERA resaltaba que:

*“Es fácil ver la complejidad de los derechos, pues en gran cantidad de ocasiones se intentan imponer a concepciones culturales que ni siquiera tiene en su bagaje lingüístico el concepto de derecho (como es el caso de innumerables cosmovisiones de pueblos y naciones indígenas). Esto genera graves conflictos de interpretación con respecto a los derechos humanos que hay que saber gestionar sin imposiciones ni colonialismos”<sup>155</sup>.*

Ahora bien, los derechos humanos no son la única forma de proteger la dignidad humana y la paz<sup>156</sup>. Todas las culturas tienen concepciones de la dignidad humana, pero no todas la conciben en términos de derechos humanos<sup>157</sup>.

Por consiguiente, la aproximación antropológica del Derecho nos muestra la relatividad (es decir la diversidad y la pluralidad) del fenómeno y concepto Derecho<sup>158</sup>, y nos lleva a adoptar otra concepción.

## **B. Las concepciones por las que apostamos**

Partiendo de las críticas formuladas en los desarrollos anteriores proponemos una concepción alternativa de los derechos humanos y del derecho.

---

<sup>152</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p. 126.

<sup>153</sup> *Íd.*, p. 58.

<sup>154</sup> *Íd.*, p. 32.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> A. NICOLAU-COLL, R. VACHON, “Le mythe émergent...”, op. cit.

<sup>157</sup> B. DE SOUSA SANTOS, “Vers une conception multiculturelle...”, op. cit., p. 88.

<sup>158</sup> E. MILLARD, “Pour une utilisation critique de l’anthropologie du droit par les juristes...et les anthropologues du droit!”, *Cahiers d’anthropologie du droit 2004, Revue Droit et Cultures hors série 2004/4*, pp. 295-300, p. 297.

## 1. Una visión integradora de los derechos humanos

Para Joaquín HERRERA, si existe algo universal es lo siguiente: “todas y todos luchamos por una vida más digna de ser vivida”<sup>159</sup>. Por eso tenemos que estar “atentos a esas formas de lucha por la dignidad y construir los puentes necesarios para que todos puedan hacer valer sus propuestas”<sup>160</sup>.

Nos preguntamos entonces cuáles son los objetivos de tales luchas y dinámicas sociales. Según Joaquín HERRERA, no luchamos por la obtención de bienes única y exclusivamente para sobrevivir sino por la creación de condiciones materiales concretas que nos permitan una satisfacción “digna” de los mismos<sup>161</sup>. Por consiguiente, los derechos humanos son el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida<sup>162</sup>.

*“La lucha por el reconocimiento de los derechos comienza cuando surge un anhelo social que se quiere ver satisfecho. Cuando se generalizan esos anhelos, es decir cuando son compartidos por individuos, grupos y sociedades, se van convirtiendo en valores que orientan nuestra acción y nuestras prácticas hacia fines más genéricos que la mera satisfacción de una necesidad. Si al final se consigue que esos valores se reconozcan positivamente como normas jurídicas, [...]se fundará una relación social a partir de la cual se regularán situaciones, reivindicaciones o conflictos dados entre individuo-individuo, individuo-sociedad, sociedad-Estado o, finalmente Estado-Estado en el caso de la comunidad internacional”<sup>163</sup>.*

Por lo tanto, los derechos humanos no sólo se logran en el marco de las normas jurídicas positivas sino también, de un modo muy especial, en el de las prácticas sociales (de ONG, asociaciones, movimientos sociales, sindicatos...) y reivindicaciones de grupos, sean minoritarios o no (por ejemplo los indígenas, las mujeres)<sup>164</sup>, que al final también son jurídicas.

Por otra parte, el mismo concepto de dignidad humana puede variar de una cultura a otra. La jurista y antropóloga del Derecho Gilda NICOLAU considera que

---

<sup>159</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p. 58.

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> *Íd.*, p. 25.

<sup>162</sup> *Íd.*, p. 22.

<sup>163</sup> *Íd.*, pp. 100-101.

<sup>164</sup> *Íd.*, p. 65.

puede ser objeto de comparaciones de tipo antropológico desde dos concepciones del ser y del otro: la que opone el hombre a la naturaleza (es el resto del universo), y la que, al contrario, insiste en la relación e inclusión del hombre en su entorno<sup>165</sup>. En efecto, la cultura occidental, a diferencia de otras culturas, no piensa en el ser humano como inscrito en un contexto social, cultural, religioso, etc. Por eso, da menos importancia a los derechos colectivos y a los deberes que otras culturas. La responsabilidad, el bien colectivo, el interés colectivo, cuando se tienen en cuenta, solo se contemplan de cara a la humanidad o las generaciones venideras, pero no con referencia a un grupo más reducido de personas (la familia, la comunidad, la sociedad, el pueblo, etc.).

Ahora bien, es importante proteger también la sociabilidad del ser humano. Como bien lo señala OLIVA, la acción del hombre es siempre portadora de relaciones colectivas y no se puede comprender adecuadamente la peculiaridad de un individuo sin hacer referencia concreta al marco social y cultural en el que se desenvuelve<sup>166</sup>. Asimismo, los derechos humanos no pueden ser comprendidos fuera de los contextos sociales, económicos, políticos y territoriales en los que y para los que se dan<sup>167</sup>.

Esa dimensión del ser humano no puede ser protegida a través de derechos individuales. De allí nuestra voluntad de estudiar a profundidad el concepto de derecho colectivo en otras culturas.

Así, nuestro trabajo se sitúa en la perspectiva nueva desde la que Joaquín HERRERA nos invitaba a considerar los derechos humanos, es decir una “perspectiva integradora, crítica y contextualizada en prácticas sociales emancipadoras”<sup>168</sup>.

## 2. Una definición abierta y plural del Derecho

Los antropólogos del Derecho se refieren al término pluralismo jurídico para describir la coexistencia, evidenciada por la observación de la realidad, de varias

---

<sup>165</sup> G. NICOLAU, *Ethnologie juridique*, op. cit., p. 147.

<sup>166</sup> J. D. OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación...”, op. cit., p. 67.

<sup>167</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p. 42.

<sup>168</sup> *Íd.*, p.32.

formas de Derecho<sup>169</sup>, es decir fenómenos que pueden ser calificados de Derecho, entendido como conjunto de normas de conducta vinculantes destinadas a regular la vida social; normas que por lo tanto implican derechos<sup>170</sup> y obligaciones. Puede ser estatal o no, en eso consiste la novedad aportada por la antropología jurídica. Como lo destaca NICOLAU, la diferencia no está en el término sino en el origen estatal o no del derecho, y en el reconocimiento de esa producción normativa como tal<sup>171</sup>.

El Derecho estatal se caracteriza por su formalismo. En ese sentido está constituido principalmente por textos (Constitución, leyes y otras fuentes infra-constitucionales, jurisprudencia) emitidos por autoridades habilitadas para ello, conforme a requisitos pre-definidos, publicados para su conocimiento<sup>172</sup> y que establecen normas generales e impersonales que conforman un ordenamiento jurídico impuesto, al no ser creado por sus destinatarios<sup>173</sup>. Secundariamente –porque son función de los textos, al ser interpretaciones y ajustes a las normas en ellos contenidas- están también las prácticas desarrolladas por los agentes del Estado (como pueden ser por ejemplo la tolerancia de ciertas conductas por parte de policías, o prácticas administrativas relacionadas con la valoración de la validez de un justificante para admitir a trámite una solicitud o reconocer un derecho).

Entre los Derechos no estatales, en los Estados donde viven pueblos indígenas, está el Derecho indígena. Históricamente, fue el primer elemento constitutivo del pluralismo jurídico (antes de que los antropólogos del Derecho llegaran a esa conclusión, los usos y costumbres indígenas no recibían el calificativo de Derecho).

También, en toda sociedad, están por una parte, los modelos de conducta y comportamiento que dimanen de la costumbre y que tienen como fin la resolución de

---

<sup>169</sup> Nos centramos aquí en el Derecho objetivo como el conjunto de normas jurídicas que se distingue del derecho subjetivo, entendido como facultad reconocida a una persona, por el ordenamiento jurídico, de obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y de exigir de los demás el respeto a tal potestad.

<sup>170</sup> Derecho tiene aquí el sentido de derecho subjetivo. Véanse nota anterior.

<sup>171</sup> Gilda NICOLAU, *Ethnologie juridique...*, op. cit., p.121.

<sup>172</sup> Criterio relativo ya que en la práctica la publicación no significa que el individuo haya tomado conocimiento del texto y por lo tanto de la norma. De hecho es más probable que en las culturas jurídicas de tradición oral, como lo son las indígenas, haya un mayor conocimiento de la norma por un proceso de transmisión espontáneo.

<sup>173</sup> Véanse E. LE ROY, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, LGDJ, Col. Droit et Société, Série anthropologique, Paris, 1999, y G. NICOLAU, G. PIGNARRE, R. LAFARGUE, *Ethnologie juridique...*, op. cit.

conflictos y la perennidad de las relaciones sociales, y son en resumidas cuentas maneras de hacer, y por otra parte, los *habitus* que son maneras de ser, actuar y pensar que inducen comportamientos permanentes o duraderos<sup>174</sup>. El filósofo Herbert L.A HART identificaba esas normas basadas en la práctica como normas secundarias (opuestas a las primarias que prescriben o prohíben determinados comportamientos). Explicaba que las normas sociales de un grupo son elaboradas por una forma de práctica social que incluye a la vez modelos de conducta observados por la mayoría del grupo, y un comportamiento normativo particular hacia esos modelos de conducta para su conducta futura, es decir de aceptación. A través de ese comportamiento, los individuos consideran esos modelos tanto una guía como criterios de evaluación susceptibles de legitimar pretensiones así como formas de presión de cara a su observancia<sup>175</sup>.

Lo que caracteriza los Derechos no estatales es su ausencia de formalismo (que no significa ausencia de autoridad), al no ser escritos. Son derechos informales constituidos por lo que llamaremos un conjunto de prácticas.

Por otra parte, para que un texto sea jurídico y no se quede solo en la creación simbólica de derechos subjetivos, y que éstos sean efectivos, requiere de su realización práctica<sup>176</sup>, es decir no solo del cumplimiento del texto por los agentes del Estado o los titulares de obligaciones sino también de su movilización<sup>177</sup>. Ésta depende de la reacción y subsecuente acción de los particulares a la hora de acoger el texto y se manifiesta por el ejercicio, la interpretación y la defensa de los derechos en él reconocidos<sup>178</sup>. Como señala JESTAZ, refiriéndose al fenómeno de ineffectividad, la ley sólo ofrece una posibilidad que los usuarios pueden no llegar a utilizar<sup>179</sup>, por

---

<sup>174</sup> Las formulaciones *modelos de conducta y comportamiento y habitus*, y su definición, son de LE ROY (inspirada en Pierre BOURDIEUX en cuanto al término habitus). Sostiene que, al contribuir a la reproducción de la vida en sociedad, esos dos tipos de normas son jurídicas, al igual que las normas estatales (normas impersonales y generales que serían el derecho). Las tres conforman el Derecho, que Etienne le Roy llama trípode. Aunque compartimos las definiciones de los tres tipos de norma, no distinguimos entre derecho y lo jurídico, que consideramos de igual significado. Pensamos que lo que es jurídico es derecho.

<sup>175</sup> H.L.A HART, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2<sup>da</sup> edición, 2005, pp.103, 272-273.

<sup>176</sup> R. V. JHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz, Paris, 2006, p.54.

<sup>177</sup> Retomando la idea de realización del derecho desarrollada por JHERING (Véanse nota anterior), Le Doyen CARBONNIER utilizará la expresión movilización del derecho. Véanse J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 2<sup>da</sup> edición, 2008, pp. 86-87.

<sup>178</sup> R. V. JHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit., p.55.

<sup>179</sup> P. JESTAZ, *Le Droit*, op. cit., p. 80-81

inercia, por preferir renunciar a un derecho en vez de reclamarlo ante un tribunal, o por su inadecuación con sus necesidades o costumbres<sup>180</sup>.

Así pues, el Derecho, como fenómeno, comprende también la producción jurídica endógena, que es una producción separada que dimana de la aplicación por los usuarios y practicantes de las normas generales que cobran vida legal sólo a través de ellos<sup>181</sup>. Existen en todas las sociedades normas que son vividas directamente por los usuarios y utilizadas en relación con los derechos de los que disponen. Éstas coexisten con las leyes, tomando a veces sus formas<sup>182</sup>.

Por consiguiente, siguiendo la línea defendida por el Laboratorio de Antropología Jurídica de París, sostenemos que el pluralismo jurídico es tanto Derecho exógeno como Derecho endógeno, siendo éste otro medio para regular la vida social<sup>183</sup>.

Añadimos que tampoco podemos entender los derechos sin verlos como un proceso, parte de la lucha de los individuos y grupos sociales por promover la emancipación humana<sup>184</sup>.

De ahí nuestra concepción abierta del derecho, es decir abierta a sus distintas formas, y que, inspirándonos en Michel ALLIOT<sup>185</sup>, definimos como un conjunto de comportamientos, representaciones, prácticas, y el resultado de las luchas por los retos que la sociedad considera como vitales.

### III. PRIMER APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Cabe plantear una primera definición de los conceptos que constituyen el objeto de nuestra investigación: derecho colectivo por un lado, y derecho de propiedad por otro lado. Cerraremos este capítulo definiendo lo que entendemos por aculturación, transculturación y hecho social total.

---

<sup>180</sup> Íd., y pp. 53-55.

<sup>181</sup> G. NICOLAU, *Etnologie juridique...*, op. cit., p. 49.

<sup>182</sup> Íd., p. 128.

<sup>183</sup> Íd., p. 144.

<sup>184</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención...*, op. cit., p.65

<sup>185</sup> M. ALLIOT, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édités par Camille Kuyu, Karthala, Paris, 2003 [1983], p.128.

## A. Derecho colectivo

Reflexionar sobre los derechos colectivos conlleva a plantearse varias preguntas acerca del sujeto del derecho colectivo, su función y su ejercicio.

### 1. El sujeto del derecho colectivo

Se entiende que el titular de un derecho colectivo es precisamente un colectivo. ¿Cómo identificar ese sujeto colectivo?, o mejor dicho, ¿cómo el grupo se identifica (desde fuera) y se autoidentifica (desde dentro)?

La autoidentificación remite a una identidad, propia y distinta de cada individuo que compone el grupo. En ese sentido los derechos colectivos se distinguen de los derechos individuales específicos de los grupos cuya titularidad reside en los individuos, que protegen intereses individuales situados en un colectivo (por ejemplo las mujeres o los niños), y se ejercen de manera individual<sup>186</sup>.

Asimismo, debe existir un interés colectivo, que va más allá del de cada individuo, y cuya defensa requiere la producción de derechos. El grupo debe tener también voluntad propia. Entonces, la identificación remite a la expresión de esa identidad y voluntad propias, e *in fine* a la cuestión de la representación del grupo: ¿cómo legitimar su representación?, ¿existe una estructura organizativa legal/con autoridad, una representación democrática?

Por otra parte, si hablamos de sujeto de derecho colectivo significa que planteamos la posibilidad de que se otorgue la personalidad jurídica al colectivo del que se trate. Cabe precisar que la titularidad de los derechos colectivos no depende de la adquisición de la personalidad jurídica por parte del sujeto colectivo. El jurista y filósofo del Derecho Rafael ESCUDERO ALDAY apunta que ésta “puede establecerse como un requisito legal a ciertos efectos, pero nunca puede lastrar la titularidad de un derecho que se predica como fundamental”<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> G. PECES BARBA, “Los derechos colectivos”, En F. J. ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2001, p. 68.

<sup>187</sup> R. ESCUDERO ALDAY, “Los derechos colectivos frente al disparate y a la barbarie”, En F. J. ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, op. cit., p. 169.

Según doctrinas colectivistas, que en ese aspecto compartimos, el grupo, en esos casos, es más que la suma de sus miembros<sup>188</sup>. Tiene realidad, existencia autónoma propia<sup>189</sup>. Nos parece que identidad y voluntad propias no tienen por qué significar “superior”, sino “distinta”.

## 2. La función del derecho colectivo

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales<sup>190</sup>, la función del derecho colectivo es la satisfacción de las necesidades básicas colectivas, por ejemplo la autonomía de un pueblo, la identidad cultural o, si se refieren a bienes, la protección de bienes colectivos, como la tierra, la cultura, o la defensa de un interés colectivo. Ahora bien, los derechos individuales, vinculados a necesidades, bienes o intereses individuales, no pueden cumplir esas funciones. No son suficientes para responder a esas demandas. Por otra parte, un derecho colectivo es un derecho fundamental porque constituye un instrumento para que el individuo alcance sus fines vinculados a las exigencias de la dignidad<sup>191</sup>.

Desde un punto de vista político, los derechos colectivos son el resultado de unas luchas por el reconocimiento del pluralismo, la igualdad política (el acceso y la participación en la ciudadanía y la soberanía...), el empowerment, la igualdad cultural, etc.<sup>192</sup> En el caso de los pueblos indígenas sería también, y en primer lugar, reclamos de justicia etnocultural<sup>193</sup>.

El jurista y filósofo del Derecho Javier DE LUCAS<sup>194</sup> insiste en que las respuestas a esas necesidades, a esas luchas van más allá de la discriminación (por eso no basta con los derechos individuales o con medidas anti-discriminatorias del tipo de acciones afirmativas o medidas de discriminación inversa):

---

<sup>188</sup> J. A. GARCÍA AMADO, “Sobre derechos colectivos, dilemas, enigmas, quimeras”, En F. J. ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, op. cit., p. 182.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> Definimos los derechos fundamentales como exigencias justificadas en la dignidad humana que pretenden hacerse eficaces a través del Derecho. G. PECES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 36-37.

<sup>191</sup> F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral jurídico: los derechos colectivos”, En F. J. ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, op. cit., p. 68.

<sup>192</sup> J. DE LUCAS, “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, En F. J. ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, op. cit., p. 160.

<sup>193</sup> OLIVA MARTÍNEZ, “Un intento de Fundamentación...”, op. cit., p. 62.

<sup>194</sup> J. DE LUCAS, “Sobre algunas dificultades...”, op. cit., p.165.

*“Se trata no sólo de restablecer la igualdad, no sólo de eliminar la vulnerabilidad y la exclusión que se sufre qua miembro del grupo, sino también de recuperar el respeto (en sus dos dimensiones, el auto-respeto y el respeto mutuo), el reconocimiento de la propia dignidad, el valor de la identidad propia.*

[...]

*Así, derechos colectivos y ciudadanía diferenciada juegan una función de reconocimiento simbólico (la recuperación del respeto por la propia diferencia), pero también una función política que es el empowerment, la presencia política en condiciones de igualdad”.*

### **3. Ejercicio del derecho colectivo**

Pensamos que el ejercicio del derecho también es colectivo. Al sumarse a las otras dos -titularidad colectiva y función colectiva- esta característica permite diferenciar los derechos colectivos de ciertos derechos individuales que suponen un ejercicio colectivo, como por ejemplo el derecho de asociación.

Por consiguiente, a nuestro modo de ver, la “colectividad” del derecho colectivo se sitúa en tres elementos: titularidad, función y ejercicio.

## **B. Derecho de propiedad**

Se puede definir la propiedad, en una acepción clásica que procede del derecho civil, como el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico<sup>195</sup>. Coincide pues con la titularidad de un bien. Históricamente, tiene un carácter individual<sup>196</sup> y suele cumplir una función económica.

El bien que nos interesa para este trabajo es la tierra. Como lo expresa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Awás Tingni*<sup>197</sup>, para los indígenas la tierra es un bien colectivo cuya pertenencia no se centra en el individuo sino en la comunidad.

---

<sup>195</sup> C. LLOPIS (coord.), *InteRed, Los Derechos Humanos, Educar para una nueva ciudadanía*, Narcea SA Ediciones, 2001, p. 85. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 544 del Código Civil francés: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*” el artículo 348 del Código Civil español: “*La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*”.

<sup>196</sup> *Id.*, p. 85 y ss.

<sup>197</sup> CorteIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

*“[...] entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”<sup>198</sup>.*

Por lo tanto, la índole de lo que sería la propiedad se distingue de la propiedad privada individual y de la propiedad pública: los territorios no pertenecen a un indígena en particular, ni al Estado, sino a la comunidad; es una propiedad colectiva. La Corte también destaca la estrecha relación que mantienen los indígenas con la tierra, que va más allá de la posesión o producción y tiene una dimensión sociocultural<sup>199</sup>.

Lo anterior nos lleva a replantear el concepto de propiedad, y preguntarnos por el titular, la función, el ejercicio y el contenido mismo del derecho de propiedad.

### **C. Aculturación y transculturación**

Inspirándonos en ROULAND entendemos por *aculturación jurídica* la transformación de un sistema jurídico al entrar en contacto con otro<sup>200</sup>. Para describir ese proceso con sus efectos, nos parece relevante aplicar al ámbito jurídico la noción de lo que el antropólogo cubano Fernando ÓRTIZ llamaba la *transculturación*, es decir, la influencia mutua de varias culturas que tienen contacto<sup>201</sup>.

Según el autor, se trata de un proceso en tres etapas<sup>202</sup>. En una primera etapa, una de las culturas en contacto (cultura originaria) pierde parcialmente componentes considerados como obsoletos. En la segunda, se incorpora la otra cultura (cultura externa). En la tercera, se produce un esfuerzo de recomposición mediante el manejo de los elementos que sobreviven de la cultura originaria y los elementos que vienen de la cultura externa. Se crea entonces un nuevo fenómeno cultural, “la neoculturación”.

En el tema que nos ocupa, pensamos que ese proceso opera entre Derecho estatal y Derecho indígena. Pretendemos demostrar que el Derecho estatal, bajo la influencia del Derecho indígena, primero pierde elementos que llegan a ser obsoletos,

---

<sup>198</sup> Íd., párr 149.

<sup>199</sup> Íbid.

<sup>200</sup> N. ROULAND, *L'Anthropologie juridique*, op. cit., p. 88.

<sup>201</sup> F. ORTIZ, *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1991, p. 86.

<sup>202</sup> Íd., p. 90.

luego va incorporando elementos del Derecho indígena, y finalmente el Derecho estatal se recompone a partir de los elementos que se han mantenido y los que vienen del Derecho indígena. Llegaríamos a lo que quisiéramos llamar un “neoderecho”.

Del mismo modo nos parece que ese proceso se está produciendo también fuera del Derecho interno, es decir en el Derecho internacional, en un ámbito, que identificamos como un hecho social total, el Medio Ambiente.

#### **D. Hecho social total**

Según el sociólogo y antropólogo francés Marcel MAUSS, un hecho social total es un hecho social que pone en movimiento la totalidad de la sociedad y sus instituciones, o la mayoría<sup>203</sup>. Involucra a los individuos y los grupos sociales, y su comprensión pone de manifiesto lo humano en su totalidad. No es solo social, sino que es a la vez cultural, económico, político, jurídico, etc.<sup>204</sup>

Como lo explicaba el antropólogo y etnólogo Claude LÉVI-STRAUSS, el primer aspecto del hecho social total es que lo social es real solo integrado en un sistema<sup>205</sup>. Por consiguiente, para entenderlo, hay que volver a componer el todo<sup>206</sup>.

El Medio Ambiente nos parece ser a la vez biológico, económico, cultural, social, político y jurídico. Por eso constituye un hecho social total. El objeto de nuestra investigación consistirá en establecer las correlaciones entre los distintos elementos qui integran ese conjunto.

---

<sup>203</sup> M. MAUSS, “Essai sur le don, forme et raison de l’échange dans les sociétés archaïques”, En M. MAUSS et C. LÉVI-STRAUSS, *Sociologie et anthropologie*, PUF, Paris, 1960, p. 274.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> C. LÉVI-STRAUSS, Introduction, *Sociologie et anthropologie*, op. cit, p. 25.

<sup>206</sup> *Íd.*

**PARTE PRIMERA. LA TRANSCULTURACIÓN DEL  
DERECHO INTERNO BOLIVIANO**

Los pueblos indígenas son los descendientes actuales (o integrantes actuales por autoidentificación) de las sociedades precoloniales, que viven en países independientes, constituyen y se definen como una unidad cultural vinculada a un territorio ancestral determinado, caracterizada por un modo de vida autosuficiente y nómada o semi-nómada en algunos casos (entre ellos están los pueblos que no han sido contactados, son los pueblos tribales), y pretenden asegurar su existencia, mantener su identidad, decidir su presente, su futuro y sus relaciones con los demás grupos humanos que viven en el país<sup>207</sup>. En el Estado Plurinacional de Bolivia (en adelante Bolivia), constituyen la población mayoritaria del país.

Como en los demás países latinoamericanos, la Conquista, y posterior Colonización, de América fue el punto de partida de un extremo perjuicio para los pueblos indígenas de Bolivia, y que todavía no ha terminado de repararse. El interés, tanto económico como político, despertado por sus tierras, sus bienes y las riquezas escondidas debajo de sus territorios acarrió el desalojo de muchos pueblos de sus espacios tradicionales, la usurpación de sus tierras, la reducción de su población y la muerte masiva de indígenas en guerras, trabajos forzados y enfermedades<sup>208</sup>. Ese hito histórico también desencadenó la resistencia indígena. Esta resistencia desempeñó un papel importante en la relación entre pueblos indígenas y Estado. Les permitió salvaguardar parte de sus territorios ancestrales y mantener, en cierta medida, sus sistemas tradicionales de organización<sup>209</sup>. Si bien la Independencia y el nacimiento de la República significaron el fin de la colonización externa, marcaron para los pueblos indígenas el inicio de una colonización interna. Fueron sometidos a un proceso de asimilación cultural destinado a disolver las comunidades territoriales formadas y aceptadas durante el régimen colonial, con sus formas tradicionales colectivas de tenencia y aprovechamiento de la tierra así como de gobierno propio<sup>210</sup>. Sin embargo, los pueblos indígenas de Bolivia supieron organizar su resistencia y luchar contra la expoliación de sus tierras y la servidumbre<sup>211</sup>. Aunque las acciones emprendidas no

---

<sup>207</sup> Esa definición se corresponde con las conclusiones de nuestros trabajos de investigación anteriores, que versaban sobre la definición de indígena. A lo largo de este trabajo usaremos el término *pueblo indígena* según la definición enunciada, y en el que incluimos a las naciones y pueblos indígenas, originarios y campesinos autodefinidos como tal en Bolivia (conformando esas tres categorías un mismo sujeto en el derecho boliviano bajo la denominación *naciones y pueblos indígena originario campesinos*).

<sup>208</sup> Roque ROLDÁN ORTEGA, COICA, Manual para la formación en derechos indígenas. Territorio, recursos naturales y convenios internacionales, Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 24.

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Íd.*, p. 25.

<sup>211</sup> *Íd.*, p. 26.

dieron resultados proporcionales, sentaron las bases del movimiento actual que fue cogiendo fuerza con el tiempo y consiguiendo algunos logros.

El 18 de diciembre de 2005, Evo Morales, indígena aymara, fue elegido Presidente de Bolivia con más de 53% de votos, y se convirtió en el primer presidente indígena del país. Una de sus primeras decisiones fue convocar, como prometido, una asamblea constituyente. El proceso de elaboración del texto constitucional permitió dar voz al conjunto de la sociedad boliviana, y convertir en actores a la población hasta entonces invisible (indígenas, mujeres...). En efecto, los constituyentes electos representaban a distintos partidos y agrupaciones ciudadanas, y a lo largo del proceso se articularon con la sociedad civil para recoger sus propuestas<sup>212</sup>. El texto final fue sometido a referendo y aprobado el 25 de enero de 2009. Por lo tanto, el resultado constituye un reflejo de las demandas del pueblo. También es el fruto de negociaciones entre las distintas tendencias<sup>213</sup>.

La Nueva Constitución Política, que reconoce el carácter plurinacional del Estado, se refiere a los pueblos indígenas como “naciones y pueblos indígena originario campesinos” y les otorga derechos colectivos específicos. Contempla los modos de acceso a la tierra (buscando la equidad), las clases de propiedad y de derechos de propiedad, el uso de la tierra, los recursos naturales y la protección del Medio Ambiente y de la Madre Tierra. Por eso, marca una ruptura en la historia constitucional del país y en la relación con los indígenas.

Como resultado de los acontecimientos históricos, que llegaremos a detallar, cabe señalar que se distinguen dos grupos culturales, que tienen distintos patrones de organización, formas de ocupar el espacio territorial y usar la tierra. Se trata de los indígenas de tierras altas, que son pueblos originarios que viven en el Altiplano y los Valles, en territorios ancestrales, y los indígenas de tierras bajas, que son indígenas y campesinos migrantes que viven en el Oriente. Ambos grupos comparten una problemática común, que es la seguridad jurídica de sus territorios, que les permita vivir en sus tierras según sus normas y costumbres. El origen del problema está en los

---

<sup>212</sup> INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras en Bolivia. De la Titulación Colonial a la Reforma Agraria y Ley INRA ; certezas y proyecciones de la ley de Reconducción Comunitaria en Bolivia*, Resultados de la Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria en Bolivia, Tomo I, INRA, La Paz, 2010, pp. 71-72. Disponible en :

<http://www.inra.gob.bo/comunicacion/publicacionesDetalle.jsp?idPublicaInra=PUB-15;>

y elementos recogidos durante una entrevista realizada a la Abogada Roxana ZACONETA, quién apoyó el proceso y asesoró a los constituyentes, en La Paz, el 26 de diciembre de 2011.

<sup>213</sup> Entrevista con R. ZACONETA, supra.

recursos naturales que se encuentran en sus territorios y que son considerados por el Estado como patrimonio de la Nación, y codiciados por las empresas transnacionales.

Nos proponemos estudiar los fenómenos jurídicos en torno a esa tensión creadora. Analizaremos primero la influencia de las culturas indígenas en los textos legales y las prácticas estatales, basándonos en la literatura y nuestro trabajo de campo (título I). Dado que la movilización de un derecho es lo que permite hacerlo efectivo, nos centraremos luego en la acción de los indígenas para determinar su influencia a través de la realización práctica de los derechos reconocidos y creados simbólicamente en los textos (título II).

## **TÍTULO I. INFLUENCIA DE LA CULTURA INDIGENA EN LOS TEXTOS LEGALES Y LAS PRACTICAS ESTATALES**

Cabe empezar nuestro análisis con los valores y principios ético-morales (capítulo I), por dos motivos. En primer lugar, como lo sostenía Joaquín HERRERA FLORES, influyen en el modo de acceso a los bienes necesarios para vivir dignamente<sup>214</sup>. En segundo lugar, sustentan los derechos humanos reconocidos formalmente.

Seguiremos el análisis con los conceptos jurídicos (capítulo II), que no solo reflejan visiones del mundo, sino también constituyen la base del reconocimiento y la creación simbólica de derechos, con los cuales cerraremos ese primer título (capítulo III).

---

<sup>214</sup> J. HERRERA FLORES, *La reinención*, op. cit., p.130.

## CAPÍTULO I. CONSAGRACIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS ÉTICO-MORALES

La evolución del texto constitucional demuestra la visibilización cada vez más fuerte de las culturas indígenas y su incorporación a la organización de la vida de la sociedad y el desarrollo del país. Varios principios y valores inspirados en la cosmovisión indígena están plasmados en la Constitución y en distintas leyes como referencias, fundamentos para orientar o guiar la acción del Estado, de los gobiernos autónomos y de los ciudadanos en general.

El artículo 8.I. de la Constitución reconoce específicamente como principios ético-morales de la sociedad, atribuyendo al Estado la responsabilidad de promoverlos, principios cuyas raíces radican en las culturas indígenas : “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)”<sup>215</sup>. El segundo párrafo del mismo artículo plantea una serie de valores que sustentan el Estado, igualmente inspirados de las culturas indígenas, lo que pondremos de manifiesto en ese primer capítulo: “unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales”. Se justifica esa elección o selección de valores por permitir llegar al *Vivir Bien*.

Por lo que se refiere a nuestro tema de estudio, nos interesa centrarnos en los siguientes principios y valores: el pluralismo, la interculturalidad, la descolonización, el Vivir Bien, el respeto mutuo, el diálogo intercultural, la reciprocidad y la solidaridad, vinculados entre sí. En efecto, son el reflejo de una ruptura con el Estado colonial o mas exactamente neo-colonial, y con el concepto de desarrollo promovido

---

<sup>215</sup> Las expresiones citadas proceden de la cultura indígena, por eso están redactadas en un idioma indígena, que es el aymara. La elección del aymara entre los distintos idiomas indígenas existentes se debe probablemente a que en primer lugar, es uno de los idiomas mayoritarios en Bolivia, y en segundo lugar por su simbolismo al ser los aymaras el pueblo que mas se ha mantenido a pesar de la Conquista y posterior colonización de las Américas (este último punto recoge la opinión de J.P GUEVARA ÁVILA, Embajador de Bolivia en Francia, entrevistado en París, el 28 de febrero de 2013).

por modelo capitalista y la economía de mercado. El analista y político Rafael PUENTE identifica como rasgos principales de una estructura colonial<sup>216</sup>: el sometimiento a intereses económicos y la explotación de recursos naturales en beneficio de economías ajenas; la organización de la sociedad en concordancia con los intereses coloniales con apoyo del aparato de Estado; una intensa colonización cultural que priva de consistencia a los pueblos colonizados diluyendo su identidad, y imponiendo la cultura del colonizador como la a la cual deben adscribirse.

El proceso de descolonización apela al pluralismo y la interculturalidad a través del diálogo intercultural, por lo que empezaremos por estudiar esas nociones (I), antes de pasar al Vivir Bien, que integra los valores de respeto mutuo, reciprocidad y solidaridad (II).

## I. PLURALISMO, INTERCULTURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN

El primer paso para reconocer y asumir la diversidad cultural se da en 1994, cuando se introduce por primera vez en el texto constitucional una referencia a la índole pluricultural del Estado. En efecto, el artículo 1 de la Constitución de 1967, redactado como sigue en su versión original: “Bolivia, libre, independiente y soberana, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa”, se convierte con la reforma constitucional de 1994 en:

*“Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos”<sup>217</sup>.*

Por otra parte, el texto de 1994, al tratar de las tierras colectivas, deja de referirse a los indígenas como “poblaciones” sino los nombra “pueblos”.

---

<sup>216</sup> R. PUENTE, “Vivir Bien y descolonización”, En CIDES-UMSA, I. FARAH H y L.VASAPOLLO (coord.), *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, Plural editores, La Paz, 2011, pp. 346.

<sup>217</sup> Fuentes:<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia1967.html#primerapartitulo1>; <http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/constituciones/Boliviana/index.asp>

La nueva Constitución de 2009 va más allá al reconocer el carácter *plurinacional comunitario*<sup>218</sup> y la *pluralidad*, y consagrar un *pluralismo económico, jurídico, cultural y lingüístico*, como base fundamental del Estado<sup>219</sup>. Además, abre la puerta a la constitución de autonomías.

Esa afirmación queda reforzada por el artículo 98.I. que dispone que: “La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario”. Se valora la diversidad cultural como riqueza, al considerar la diversidad plurinacional “patrimonio histórico y humano”<sup>220</sup>. En ese sentido se hace claramente hincapié en las culturas indígenas, como se destaca en el artículo 98.II. “El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones”.

La interculturalidad se convierte entonces en un instrumento de cohesión social :

*“La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones”*<sup>221</sup>.

La interculturalidad consiste en (i) asumir como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones, y (ii) preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país. Una aplicación práctica de la interculturalidad, que desarrollaremos mas adelante, es la igualdad jerárquica de la que gozan la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> El término comunitario se usa en referencia a la comunidad como parte del sistema de organización socio-política de los pueblos y naciones indígena originario campesinos. Cada pueblo o nación está integrado por un conjunto de comunidades, con sus autoridades respectivas, que a su vez está compuesto por varias familias. En el presente trabajo usaremos el término comunitario en ese sentido, y el término colectivo para contraponerlo a individual y enfatizar esa distinción. Al usar comunitario no se pretenderá introducir un efecto jurídico más allá de concretar el tipo de colectivo del que se trata.

<sup>219</sup> Artículo 1 de la Constitución de 2009 : “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho *Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, *intercultural*, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en *la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico*, dentro del proceso integrador del país”. Fuente: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>

<sup>220</sup> Artículo 9.3 de la Constitución.

<sup>221</sup> Artículo 98.I de la Constitución.

<sup>222</sup> Artículo 79II. de la Constitución.

La interculturalidad guarda relación con otro concepto clave en la Constitución: la descolonización, que según el artículo 9.1 constituye una función del Estado. Ese proceso debe permitir la construcción de una sociedad justa y armoniosa sin discriminación ni explotación. Consiste en preservar, desarrollar, proteger y difundir la diversidad cultural<sup>223</sup>, promoviendo el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe<sup>224</sup>. Ahora bien el respeto mutuo y el diálogo son valores fuertes de las culturas indígenas<sup>225</sup>.

La Constitución establece que las políticas públicas deben estar diseñadas con base en los valores, principios, conocimientos y prácticas del pueblo boliviano<sup>226</sup>. Para ello, el actual Gobierno cuenta con un Vice-Ministerio de Descolonización y un Vice-Ministerio de Interculturalidad, en el seno del Ministerio de Culturas. Se ven atribuidos competencias compartidas como la promoción de la interculturalidad como instrumento de desarrollo que genere expresiones culturales compartidas, adquiridas en base al respeto mutuo y la convivencia social armónica. Su actuación está enfocada, en general, en la recuperación de la memoria histórica, la promoción de la descolonización y prácticas interculturales, la difusión de saberes tradicionales, la protección del patrimonio material e inmaterial.

El Vice-Ministerio de Descolonización está encargado de fomentar la participación de las naciones, pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas en la Administración Pública del Estado Plurinacional, de la revalorización de los conocimientos y saberes ancestrales de las naciones, pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianos, así como de la prevención y erradicación del racismo, la intolerancia cultural y las prácticas basadas en éstos. Por su parte, el Vice-Ministerio de Interculturalidad se ve atribuido la misión de fomentar el diálogo intercultural entre las distintas naciones, pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, promover la difusión, promoción e el intercambio cultural, conservar el patrimonio cultural, rescatar las costumbres milenarias

---

<sup>223</sup> Artículo 3. H. del DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, Organización del órgano ejecutivo.

<sup>224</sup> Artículo 3. H. del DS N°29894, supra y artículo 9.2 de la Constitución.

<sup>225</sup> Afirmación basada en las entrevistas realizadas.

<sup>226</sup> Artículo 3. H. del DS N°29894, supra.

vinculadas a la ritualidad, medicina tradicional, expresiones religiosas, y difundir los idiomas<sup>227</sup>.

Citando al Honorable Sr Jean Paul Guevara Ávila, Embajador de Bolivia en Francia<sup>228</sup>, podríamos resumir el concepto de descolonización como sigue: es recuperar el pensamiento propio. Añadimos que un instrumento clave para conseguirlo es la interculturalidad. Para explicar en pocas palabras lo que significa, retomamos las palabras del Embajador que usa la siguiente metáfora: del mismo modo que la *wiphala*<sup>229</sup> tiene todos los colores del arco iris, hay un espacio para todos, porque somos iguales, siendo la igualdad una condición necesaria para la complementariedad (si uno no considera al otro en la igualdad, entonces pensará que poco o nada necesita o puede aprender de él).

Todas esas incorporaciones al texto constitucional y sus posteriores desarrollos normativos fueron impulsados por los pueblos indígenas, en particular mediante su participación en el proceso constituyente de 2009.

## II. EL VIVIR BIEN: UNA GUIA PARA UN NUEVO MODELO DE SOCIEDAD

Entre los principios ético-morales enunciados en el artículo 8.I de la Constitución está el Vivir Bien, propio de las culturas indígenas<sup>230</sup>. En la cosmovisión andina el Vivir Bien promueve la vida en armonía con la Naturaleza de la cual el ser humano y su comunidad son parte. Es un modo de vida basado en la conciencia de utilizar de la naturaleza solo lo necesario, para evitar dañar y perjudicar su reproducción<sup>231</sup>. Para los indígenas es el modo de vida según el cual vivían sus antepasados y que buscan recuperar<sup>232</sup>. Tanto desde el discurso indígena<sup>233</sup> como en

---

<sup>227</sup> Artículos 116 y 117 del DS N°29894, *supra*.

<sup>228</sup> Entrevista con J.P. GUEVARA ÁVILA (Embajador de Bolivia), *supra*.

<sup>229</sup> La *wiphala* es la bandera de los pueblos andinos, convertida en uno de los símbolos oficiales del Estado Plurinacional de Bolivia. El arco iris blanco se descompone en un arco iris de siete colores. *Ibid.*

<sup>230</sup> El Vivir Bien (*Suma Qamaña* en aymara) o Buen Vivir (*Sumak Kawsay* en quechua) viene de la cosmovisión de las comunidades originarias andinas. G. DE MARZO, *Buen Vivir. Para una democracia de la Tierra*, Plural editores, La Paz, 2010, p. 26.

<sup>231</sup> *Ibid.*

<sup>232</sup> Entrevistas con C. MAMANI, Miembro y Presidente del Foro permanente sobre cuestiones indígenas de Naciones Unidas, en La Paz, el 07 de diciembre de 2011; R. MACHACA YUPANQUI,

los textos legales y la jurisprudencia constitucional el Vivir Bien se ve como una guía para un nuevo modelo de sociedad.

## A. Un modelo de igualdad y equilibrio

Los indígenas contraponen el Vivir Bien al “vivir mejor”, un modelo individualista, materialista e excluyente, que caracteriza al mundo occidental y tiene sus raíces en el capitalismo<sup>234</sup>.

### 1. El vivir mejor: un modelo excluyente

Para los indígenas, el vivir mejor está basado en el lucro<sup>235</sup>. Consiste en la acumulación de bienes materiales<sup>236</sup>, e in fine vivir con cosas en exceso y lujosas<sup>237</sup>. La idea de crecimiento se basa en la apropiación y transformación ilimitada de los recursos del planeta<sup>238</sup>. Conlleva a la sobreexplotación de los recursos naturales y la industrialización excesiva sin cuidado al Medio Ambiente<sup>239</sup>, y desemboca en una sobreproducción de las que derivan cambios ambientales (contaminación, desechos, cambio climático ect) y sociales (materialismo, exclusión etc.)<sup>240</sup>. Los bienes básicos, como por ejemplo el agua, e incluso los derechos, se ven transformados en mercancías<sup>241</sup>.

Fomenta la competencia, oponiendo a los seres humanos entre sí. Llegar a ese nivel de vida, supone también que se haga en detrimento de una parte de los seres humanos, en particular los trabajadores, cuyo trabajo se convierte en instrumento de producción de bienes y beneficios financieros<sup>242</sup>.

---

Técnico de la CSUTCB, en La Paz, el 16 de diciembre de 2011; y Rosa, miembro de la CNMCIQB “ BARTOLINAS Sisa ”, en La Paz, el 21 de diciembre de 2012.

<sup>233</sup> CONAMAQ, La Chakana, el Vivir Bien y el ejercicio de Autoridad Chcha-Warmi, CONAMAQ, La Paz, 2010, p.106.

<sup>234</sup> *Ibíd.*, pp.102-103.

<sup>235</sup> *Ibíd.*, pp.135.

<sup>236</sup> *Desarrollo con identidad orientado al buen vivir/vivir bien de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe*, Relatoría de la VII Reunión intergubernamental, La Paz, 16 de noviembre de 2009, texto borrador, pp. 31ss.; R. PUENTE, *op. cit.*, p. 359.

<sup>237</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), *supra*.

<sup>238</sup> G. DE MARZO, *Buen Vivir...*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>239</sup> CONAMAQ, p. 103.

<sup>240</sup> G. DE MARZO, *Buen Vivir...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>241</sup> *Íd.*, p. 39.

<sup>242</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI, *supra*.

Por consiguiente, el vivir mejor se aparta del bien común, produciendo desigualdades y daños medioambientales<sup>243</sup>.

## 2. El vivir bien: un modelo incluyente

En cambio, para los indígenas el Vivir Bien promueve la igualdad y el equilibrio a favor del bien común. El Vivir Bien es la expresión cultural que condensa la forma de entender la satisfacción compartida de las necesidades humanas, más allá del ámbito de lo material económico<sup>244</sup>. Es una filosofía con dimensiones comoscéntricas<sup>245</sup>, siendo el Cosmos el centro de la dinámica espiritual, material, económica, social y política de las comunidades andinoamazónicas<sup>246</sup>.

En esa cosmovisión, vivir bien es vivir en *igualdad* con todos, es decir con lo que nos rodea, como los animales, y con respeto a la Madre Tierra<sup>247</sup>; y vivir en igualdad entre todos (el ser humano no es individual, vive en comunidad)<sup>248</sup>. Es vivir en *armonía* entre todos y con la naturaleza<sup>249</sup>. Es vivir en *complementariedad*, es decir que todos los seres que viven en el planeta (humanos, plantas, animales...) se complementan unos con otros (el hombre con la mujer, el niño con el abuelo, los seres humanos con las plantas, etc.)<sup>250</sup>. Es vivir en *equilibrio*, lo que significa tener lo suficiente (alimentos, vivienda...), pero nada en exceso<sup>251</sup>, y llevar una vida sencilla que mantenga una producción equilibrada, trabajando la tierra y cultivando productos para cubrir las necesidades básicas para la subsistencia, y sin contaminar<sup>252</sup>. Es estar bien de *salud*, lo que implica alimentarse bien, sabiendo combinar las comidas adecuadas según las estaciones del año y beber alcohol con moderación, dormir bien,

---

<sup>243</sup> Íd.

<sup>244</sup> Ibíd.

<sup>245</sup> Desarrollo con identidad orientado al buen vivir-vivir bien de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, Relatoría de la VII Reunión intergubernamental, supra.

<sup>246</sup> Íd.

<sup>247</sup> Entrevistas R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra, Víctor MEDINACELI R., Técnico del CONAMAQ, especialista en Ordenamiento territorial, en La Paz, el 08 de diciembre de 2011, y Pedro CALDERÓN ROSAS, Secretario Ejecutivo de la CSCIB, en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

<sup>248</sup> Entrevistas R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra, y Víctor MEDINACELI R. (CONAMAQ), supra.

<sup>249</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>250</sup> CONAMAQ, op. cit., p. 130.

<sup>251</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>252</sup> Entrevistas con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.; Rosa ("Bartolinas Sisa"), supra, y CONAMAQ, p. 133. Esa concepción es la que fundamenta la devolución de tierras a las comunidades y la dotación de tierras fiscales para quién no tiene o no tiene suficiente, con el propósito de generar economías locales, lo que estudiaremos mas adelante.

trabajar a su ritmo<sup>253</sup> (en ese sentido se debe proteger y guardar las semillas, a través de la creación de bancos de semillas, para que en un futuro se evite el uso de productos transgénicos dañinos<sup>254</sup>). Es trabajar en *reciprocidad* (*ayni*), prestando ayuda y devolviendo la ayuda. Es saber comunicarse, dialogando y buscando el *consenso* entre todos (llegar a un punto neutral en el que todos coincidan), evitando de ese modo los conflictos cuando hay diferencias<sup>255</sup>. Es respetar las diferencias, respetar al otro sin discriminación<sup>256</sup>.

En democracia, vivir bien es la *horizontalidad*, la democracia comunitaria, que es el ejercicio diario de consulta y participación permanente<sup>257</sup>. En economía, vivir bien es tener una *economía distributiva*<sup>258</sup>, basada en la reciprocidad, redistribución, la ciclicidad y la contributividad<sup>259</sup>. En relación con la tierra, vivir bien significa<sup>260</sup>: formas *comunitarias* de cultura agraria, con prácticas de reciprocidad y complementariedad; ausencia de apropiación privada de los bienes; posesión y producción colectiva de la tierra (en algunos casos combinada con usufructo familiar de parcelas). Es pensar el conjunto de relaciones con la naturaleza, en una perspectiva geopolítica, lo que implica pensar la articulación de los patrones de producción y ocupación del espacio con las formas de gobierno. Hay un vínculo entre posesión colectiva y gobierno comunitario, que funciona a través de asambleas donde participan todos los miembros de la comunidad.

El antropólogo y etnólogo Pierre CLASTRES supo explicar muy bien la filosofía que está en el origen de esas concepciones de la organización económica y política. En su obra *La Sociedad contra el Estado*, sostiene que la organización económica de las denominadas “sociedades primitivas” o sociedades sin Estado, se fundamenta en el rechazo al exceso inútil, y la voluntad de adecuar la actividad productiva a la satisfacción de necesidades<sup>261</sup>. Al tener todos los hombres y las mujeres la misma capacidad para satisfacer necesidades materiales y al intercambiar bienes y servicios -lo que impide la acumulación privada de bienes- se hace imposible

---

<sup>253</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra., y CONAMAQ, op. cit., p. 132.

<sup>254</sup> CONAMAQ, op. cit., p. 135.

<sup>255</sup> *Ibíd.*, p. 134.

<sup>256</sup> *Ibíd.*, p. 130 y 103.

<sup>257</sup> *Ibíd.*, p.125.

<sup>258</sup> *Ibíd.*, p. 126.

<sup>259</sup> *Ibíd.*, p. 103.

<sup>260</sup> L. TAPIA MEALLA, “Una geopolítica de la complementariedad”, En CIDES-UMSA., *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, op. cit., pp. 393-394.

<sup>261</sup> P. CLASTRES, *La Société contre l’Etat*, Les Éditions de minuit, 1974, 2011, p.166.

el deseo de sobreabundancia o de posesión, que al fin y al cabo es un deseo de poder<sup>262</sup>.

Resumiendo, el Vivir Bien es la igualdad, la armonía, la complementariedad, el equilibrio, la salud, la reciprocidad, el consenso, la horizontalidad y la redistribución.

Para concluir citaré a Fernando Huanacuni, aymara: “Vivir Bien es saber vivir (armonía interna), y saber convivir (con los demás en armonía y equilibrio). Si uno sabe vivir, convive con los demás en armonía y equilibrio”<sup>263</sup>.

Véamos ahora cómo está plasmada esa filosofía en los textos y cuáles son sus implicaciones.

## **B. Un principio-valor orientador**

Si nos fijamos en el artículo 5.5 de la Ley marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”, de 19 de julio de 2010, el Vivir Bien constituye una filosofía, y sustenta la definición del bien común que debe guiar la actuación de los gobiernos autónomos :

*“Bien Común.- La actuación de los gobiernos autónomos se fundamenta y justifica en el interés colectivo, sirviendo con objetividad los intereses generales en la filosofía del vivir bien, propio de nuestras culturas”.*

Encontramos elementos de contenido del Vivir Bien en el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2011, que plasmó por primera vez el Vivir Bien en las políticas públicas, y lo define como el acceso y disfrute de los bienes materiales, la realización afectiva, subjetiva y espiritual, en armonía con la naturaleza y en comunidad con los seres humanos. Del mismo modo, el artículo 6.5 de la Ley de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria<sup>264</sup> se refiere al Vivir Bien como el acceso y disfrute de los bienes materiales ; la realización efectiva, subjetiva, intelectual y

---

<sup>262</sup> Íd., p.174.

<sup>263</sup> Véanse entrevista a F. HUANACUNI, realizada el 30 de agosto de 2012 por la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas. Disponible en línea : <http://www.coordinadoracaioi.org/portal/?q=content/fernando-huanacuni-buen-vivir-vivir-bien#.UJviiI78IPR>. Fernando HUANACUNI es autor de un estudio para la CAOÍ titulado: “Buen Vivir / Vivir Bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias de los pueblos indígenas andinos”.

<sup>264</sup> Ley N°144, de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria, de 26 de junio de 2011.

espiritual de la población ; la satisfacción de las necesidades básicas; y la armonía con la Madre Tierra y comunidad con los seres humanos.

Por otra parte, el artículo 8.II. de la Constitución antes enunciado recoge una serie de valores que sustentan el Estado para vivir bien (solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, bienestar común, etc.). Esos valores, planteados de forma general como fundamento en la Constitución, cobran todo su sentido a la hora de aplicarlos a un ámbito determinado y al unirlos. Por ejemplo, el artículo 6.6 de la Ley Agropecuaria, que apunta a la satisfacción de las necesidades alimentarias y la producción agropecuaria de toda la población, en particular de aquellos sectores más vulnerables y necesitados, une la reciprocidad con la solidaridad, y las define como la “correspondencia, respeto mutuo, cooperación, intercambio y retribución entre sí y de modo equivalente”. El Vivir Bien también queda mencionado en la Constitución para orientar la educación<sup>265</sup> y el modelo económico<sup>266</sup>.

El Vivir Bien se convirtió entonces en un objetivo del Plan de desarrollo. La incorporación del Vivir Bien en las políticas públicas como objetivo estatal y de gestión gubernamental guarda relación con la descolonización en la medida en que, como lo señala Beatriz ASCARRUNZ<sup>267</sup>, significa “reconocer que la fuente de vivencia de este concepto vive desde la cosmovisión indígena e inspira y recrea otro sentido de convivencia plurinacional para convertirse en el rumbo que orienta [la] convivencia social, económica, política y cultural”. Esa dimensión ético-política del Vivir Bien implica una construcción cultural común a través de unos acuerdos mínimos sobre el sentido que se le atribuye al presente y al futuro para delinear logros y expectativas de bienestar colectivo y socialmente compartido, con base a experiencias e interpretaciones plurales<sup>268</sup>.

El Vivir Bien interviene en la toma de decisiones al constituir un soporte para la planificación, y sirve de indicador para el seguimiento y evaluación de los

---

<sup>265</sup> Artículo 80.

<sup>266</sup> Artículo 306.

<sup>267</sup> Ex coordinadora del Proyecto de Construcción de Indicadores del Vivir Bien, Viceministerio de Planificación Estratégica del Estado, Ministerio de Planificación del Desarrollo de Bolivia. B. ASCARRUNZ, “El Vivir Bien como sentido y orientación de políticas públicas”, En CIDES-UMSA., *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, op. cit, p. 425.

<sup>268</sup> *Ibíd.*

impactos de la gestión pública<sup>269</sup>. Como lo destaca el Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>270</sup>, el “*Vivir Bien está concebido como principio, pero también como fundamento último de los valores [...], es un principio-valor no sólo de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino que, como efecto de su constitucionalización, se constituye en una de las normas fundadoras de todo el ordenamiento jurídico y, por ende, en criterios orientadores a la hora de aplicar e interpretar las normas jurídicas*”.

El Vivir Bien no constituye un modelo de Estado, ni de economía, sino “un horizonte compartido que soporta y fundamenta el Estado Plurinacional, y le da sentido”<sup>271</sup>. Es el “factor que da sentido y orientación ética al nuevo pacto entre Estado y Sociedad Civil”<sup>272</sup>. Es “un concepto y una *praxis social* vivida”<sup>273</sup>.

Sin embargo, supone cambiar la institucionalidad actual del Estado, el modelo de gestión pública y el modelo económico. Se trata de introducir procesos colectivos de decisión y acción que involucren a los ciudadanos<sup>274</sup>. Se trata de fomentar una economía social y comunitaria basada en una economía plural que articule las diferentes formas de organización económica (economía comunitaria, estatal, privada y social cooperativa) sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia<sup>275</sup>.

Un avance importante en ese sentido acaba de ser realizado con la creación de una instancia de seguimiento, consulta y participación para la elaboración de planes y proyectos en relación con la Madre Tierra: el Consejo Plurinacional para Vivir Bien en Armonía y Equilibrio con la Madre Tierra<sup>276</sup>, respondiendo a la demanda de los pueblos indígenas<sup>277</sup>. No obstante, como veremos en los desarrollos posteriores, queda

---

<sup>269</sup> Íd.p. 429.

<sup>270</sup> SC 0300 de 18 de junio de 2012.

<sup>271</sup> B. ASCARRUNZ, óp. cit., p. 430.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 431.

<sup>273</sup> F. DELGADO, S. RIST y C.ESCOBAR, “Desarrollo endógeno sustentable : camino para re-actualizar el ‘Vivir Bien’ en el contexto de la revolución democrática y cultural de Bolivia”, En CIDES-UMSA, *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, óp. cit., p. 405.

<sup>274</sup> Desarrollo con identidad orientado al buen vivir-vivir bien de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe, *supra*, p.31 ss.

<sup>275</sup> Artículo 306. II y III de la Constitución.

<sup>276</sup> Artículo 52.I. de la Ley N°300 Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien de 15 de Octubre de 2012.

<sup>277</sup> Artículo 40.I. de la Propuesta de Ley de la Madre Tierra del Pacto de Unidad. CEJIS, I. BOSCOPE SANJINÉS (coord.), *Madre Tierra y Estado Plurinacional : Análisis sobre la construcción*,

mucho camino por recoger, para que el Vivir Bien cobre sentido en la práctica, y que su contenido no quede desvirtuado por una apropiación interesada.

En todo caso, la constitucionalización del Vivir Bien y su integración en las políticas públicas, ya es una manifestación muy fuerte de la influencia de la tradición jurídica indígena en el Derecho estatal, que hace suyo ese modelo, llamado a tener efectos transversales, es decir en todos los ámbitos de la esfera pública.

## **CAPÍTULO II. FORMACIÓN DE CONCEPTOS JURIDICOS**

El trabajo de reflexión llevado a cabo por los indígenas desde su cosmivisión indígena sobre su identidad, sus necesidades y su posición en la sociedad con respecto a los no indígenas y al Estado, llevó consigo la introducción de nuevas categorías jurídicas vinculadas a conceptos jurídicos nuevos, o concepciones distintas de conceptos existentes. Esas aportaciones cogen la forma de sujeto de derecho colectivo y/o bien colectivo: pueblos indígena originario campesinos (I) y Madre Tierra (II).

### **I. LOS PUEBLOS INDIGENA ORIGINARIO CAMPELINOS COMO SUJETO COLECTIVO**

El término pueblo indígena originario campesino es el resultado de la evolución de la situación de los indígenas y sus luchas en relación con su territorio. Su comprensión requiere conocer esa historia<sup>278</sup>.

Esa ficción jurídica<sup>279</sup> tenía dos propósitos: dar voz a los pueblos indígenas del país en la esfera política, sea cual sea su grupo cultural, así como crear un sujeto de derecho colectivo. El alcance de esa propuesta es el otorgamiento de una personalidad jurídica, que haga posible el ejercicio de los derechos atribuidos a ese sujeto.

#### **A. Reseña histórica**

*Durante la época colonial*, se introdujeron dos sistemas de propiedad: la propiedad comunal de las comunidades indígenas y las haciendas de los conquistadores. La propiedad de las tierras indígenas se quedó en manos del Estado Colonial, a cambio de tributos, quedándose los pueblos indígenas meros

---

<sup>278</sup> Reseña que también nos ofrece elementos importantes para los desarrollos posteriores (grupos culturales, evolución de las políticas públicas relacionadas con la tierra, como la reforma agraria).

<sup>279</sup> F. MAYORGA, Dilemas. Ensayos sobre democracia intercultural y Estado Plurinacional, CESU/Plural editores, La Paz, 2011, p. 84.

usufructuarios de éstas<sup>280</sup>. Fue introducido a la vez el sistema de hacienda mediante el cual la Corona concedía a los conquistadores extensiones de tierra en régimen de propiedad, con las poblaciones indígenas que vivían en ellas, quienes pasaban a ser colonos en esas tierras. Trabajaban gratuitamente para el propietario, y recibían en contraprestación una parcela de tierra para su aprovechamiento propio<sup>281</sup>. También pagaban un tributo a la Corona.

*Con la República* empezó un proceso, llamado de “Ex vinculación”, que apuntaba a suprimir el vínculo entre los indígenas, el Estado y el propietario de la Hacienda mediante la titulación de sus tierras. Si bien parecía reconocer los derechos de los indígenas sobre sus tierras y eliminar las servidumbres, no hizo más que legalizar el despojo de las tierras indígenas y sentar las bases del latifundio<sup>282</sup>. En efecto, los indígenas se veían otorgar el derecho de propiedad sobre los terrenos que poseían, pero, en primer lugar, esos terrenos eran en muchos casos inferiores a los territorios originarios. En segundo lugar, el título se conseguía mediante una solicitud sometida a aprobación del Gobierno tras un peritaje in situ (llevado a cabo por las llamadas Mesas Revisoras), que resultaba ser a menudo fraudulento, y un pago cuyo importe era función de la extensión y la calidad del terreno. En tercer lugar, la titulación no se hacía a favor de una comunidad sino de un indígena. Por último, las tierras no poseídas, o consideradas no poseídas (cuando no se obtenía el título solicitado), se declaraban propiedad del Estado y se subastaban. Por otra parte, en 1900 se estableció un “Territorio Nacional de Colonias” en el norte amazónico del país, en el que se diseñarían planes para desarrollar la producción de las tierras supuestamente vacantes, a través de concesiones a empresas tanto bolivianas como extranjeras<sup>283</sup>. Al final del siglo XIX, la superficie de las haciendas se había duplicado y la de las comunidades indígenas habían disminuido en un 25%. Se consolidaron como tierras de comunidad las que fueron declaradas como propiedad del Estado<sup>284</sup>.

*A partir de 1945 empezaron las premisas de una revolución.* En efecto, en 1945 tuvo lugar el primer Congreso Indígena, con la publicación de varios decretos que apuntaban en particular a romper con la servidumbre (abolición del trabajo

---

<sup>280</sup> INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit, pp.7-9. Por cédulas Reales del 1 de Noviembre de 1591, Felipe II reconoció el derecho de las comunidades indígenas a disfrutar de sus tierras, lo que implicaba el derecho de la Corona sobre las tierras colectivas y convertía a los pueblos indígenas en usufructuarios de bienes.

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> *Íd.*, p.10-11

<sup>283</sup> *Íd.*, p. 14.

<sup>284</sup> *Íd.*, p. 13.

personal gratuito y otros servicios gratuitos como el pongueaje, apertura de escuelas en las haciendas...), provocando la oposición de los terratenientes a través de la “Sociedad Rural Boliviana” y el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), con una serie de enfrentamientos que desembocaron en el asesinato del presidente y la llegada al poder de una Junta de Gobierno en 1946<sup>285</sup>. El régimen se negó a aplicar lo acordado en el Congreso Indígena a favor de los indígenas y colonos, y el país cayó en sublevación con una fuerte represión militar y policial<sup>286</sup>.

*En 1952, estalló una revolución popular* contra el Gobierno y el Ejército, protagonizada por el MNR (ganador de las elecciones de 1951, cuyo resultado fue desconocido por el Presidente saliente), y apoyada por los obreros, los sectores populares urbanos y posteriormente los campesinos. Triunfó la Revolución, y el MNR gobernó el país con la Central Obrera Boliviana (COB, conformada por los obreros revolucionarios)<sup>287</sup>. Los campesinos, organizados en sindicato, tomaron las haciendas, expulsaron a los patrones, sin indemnización, nacionalizaron las tierras y se las repartieron<sup>288</sup>. Por su parte, el Gobierno tomó medidas económicas que llevaron a encarecer el coste de la vida e intentó controlar a los colonos, lo que provocó movilizaciones campesinas, huelgas y tomas de tierra<sup>289</sup>.

Ante esa presión social, el MNR aprobó la *Reforma Agraria* (Decreto Ley N°3464 de 2 de agosto de 1953, elevado a rango de ley el 29 de octubre de 1956), que pretendía dar a todos los comunarios acceso a la tierra con su derecho de propiedad, eliminando así el latifundio y las formas de explotación servidumbrales, y estableciendo el principio según el cual “la tierra es para quién la trabaja”<sup>290</sup>. Se proporcionaría tierra a los que no la poseían o poseían poca, y se restituirían a las comunidades indígenas las que les fueran usurpadas<sup>291</sup>. Además de ser una herramienta para reconstituir las tierras, también era un medio para contribuir al desarrollo del país<sup>292</sup>. Por eso, se quiso fomentar también la movilidad social y territorial de la población y la diversificación económica<sup>293</sup>. Esta reforma se llevó a cabo en dos fases: una de titulación de tierras, bajo dos modalidades de distribución

---

<sup>285</sup> Íd., pp. 19-20

<sup>286</sup> Íd., pp. 20

<sup>287</sup> Íd., p. 23

<sup>288</sup> *Ibíd.*

<sup>289</sup> *Ibíd.*

<sup>290</sup> Íd., pp. 23-25.

<sup>291</sup> Íd., pp. 24.

<sup>292</sup> Íd., pp. 25.

<sup>293</sup> *Ibíd.*

de tierras -una a título gratuito y otra a título oneroso conforme a un plan de colonización- y otra de organización de la producción<sup>294</sup>. Para ello, se crearon organismos a fines: el Servicio Nacional de Reforma Agraria (SNRA), como organismo principal de implementación de esa política, el Consejo Nacional de Reforma Agraria (CNRA), encargado de la dotación a título gratuito, y el Instituto Nacional de Colonización (INC), para la dotación a título oneroso<sup>295</sup>.

*Los resultados de esa política no fueron tan beneficiosos para los indígenas.* En efecto, los indígenas de tierras altas, convertidos en colonos con el sistema de hacienda, pasaron a ser campesinos y tuvieron que asumir una forma de organización sindical. Aunque se vieron otorgar la ciudadanía, y consiguieron cierto grado de titulación de las tierras que poseían, el tipo de propiedad fue más bien individual, y con el crecimiento de las comunidades y el sistema de herencia, las propiedades se fueron subdividiendo, afectando la producción y productividad de las tierras, creando lo que se llamarían los minifundios<sup>296</sup>. Los indígenas de tierras bajas se enfrentaron a dificultades para el reconocimiento de sus tierras, porque el tipo de propiedad y de explotación de la tierra, promovida por la reforma no se adecuaba a su modo de vida como pueblos nómadas, con un sistema de ocupación del espacio y aprovechamiento de los recursos naturales muy específico (migración territorial, caza, pesca, recolección...)<sup>297</sup>. No se les reconoció la ciudadanía y se implantó un sistema educativo destinado a abarcarlos en el proceso de homogeneización en marcha. Muchos se vieron obligados a la sedentarización, pero otros se resistieron, como los ayoreos o los guaraníes<sup>298</sup>. Los impactos de la reforma fueron también limitados y distorsionados por el propio funcionamiento de las instituciones agrarias, impregnado de corrupción, que conllevó a la superposición de derechos y títulos sobre un mismo terreno, una inequidad en el acceso y distribución de la tierra, con la constitución de concentraciones de tierra en grandes extensiones y minifundios.

---

<sup>294</sup> Íd., p. 29

<sup>295</sup> *Ibid.*

<sup>296</sup> Íd., pp. 25-37. El minifundio es la superficie de tierra a la que tiene acceso libre una familia (propiedad o dotada por derecho comunitario), pero sobre la cual no es posible desarrollar actividades productivas suficientes -por insuficiencia de la tierra en superficie y recursos- para el sostenimiento familiar (alimentación, o participación en el mercado para disponer de ingresos). O. BAZOBERRY CHALI, “¿Cómo entender el minifundio en el contexto boliviano?”, En Consultora Sur, M. MORALES (coord.), *Hablemos de tierras. Minifundio, gestión territorial, bosques e impuesto agrario en Bolivia*, Plural editores, 2011, pp.52-53. Disponible en línea: <http://www.inra.gob.bo/>.

<sup>297</sup> *Ibid.*

<sup>298</sup> *Ibid.*, p.39.

Ante los resultados insatisfactorios de la Reforma Agraria, el país conoció dos fuertes movilizaciones indígenas - la “Marcha por el Territorio y la Dignidad” de 1990 y la “Marcha Indígena por el Territorio, los Derechos Políticos y el Desarrollo económico” de 1996- que conllevaron a la adopción de una nueva Ley, la *Ley N°1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria*, de 16 de octubre de 1996, conocida como Ley INRA<sup>299</sup>. Pretendía perfeccionar el proceso de titulación de tierras, introduciendo una nueva clasificación de las propiedades según la función que cumplen, modalidades especiales de saneamiento, una nueva política de distribución de tierras y un cambio estructural en las instituciones que llevaban a cabo el proceso. También preveía mecanismos que apuntaban a resolver los conflictos de límites y remediar a las sobre-posiciones de derechos existentes<sup>300</sup>. Estableció una nueva categoría de propiedad para el reconocimiento de los territorios indígenas, llamadas Tierras Comunitarias de Origen (TCO), con un proceso de saneamiento específico iniciado a solicitud de parte o de oficio (SAN-TCO), en el que intervienen tanto los pueblos indígenas como las administraciones encargadas del proceso (Instituto Nacional de Reforma Agraria, que es el órgano técnico ejecutivo del proceso de saneamiento, integrante del nuevo Servicio Nacional de Reforma Agraria, y el VAIPO<sup>301</sup>, comisión técnica pluridisciplinar del Ministerio de Desarrollo sostenible y Medio Ambiente de apoyo al proceso)<sup>302</sup>. Permite a los pueblos indígenas titular las tierras colectivas que constituyen su hábitat y de ese modo otorgarles el derecho de propiedad (a un pueblo conformado por varias comunidades), con una serie de garantías<sup>303</sup>. Por otra parte, la Ley define como tierras fiscales las identificadas por el Estado para actividades de protección del Medio Ambiente o que requieran tratamiento especial, o destinadas a su redistribución para quienes no tienen tierra<sup>304</sup>.

Como ya indicado, a partir del 2005 empezó una nueva era en Bolivia, con la llegada al poder de Evo Morales, que hoy sigue Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia, y la aprobación de una nueva Constitución. En relación con la tierra, la Constitución define los modos de acceso a la tierra, buscando la equidad (en particular teniendo en cuenta a sectores más excluidos como las mujeres y los indígenas), las clases de propiedad y de derechos de propiedad, el uso de la tierra

---

<sup>299</sup> *Íd.*, pp. 23-46.

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios.

<sup>302</sup> INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., pp. 23-46.

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> *Íd.*, pp. 41-42.

(funciones, formas...), los recursos naturales (propiedad, uso, aprovechamiento, conservación...). Asimismo, establece mecanismos de control del uso de la tierra: fija límites de superficie para el derecho propietario privado, prohíbe el latifundio y el minifundio, prevé formas de privación de la propiedad agraria. Por otra parte, se mantuvo el proceso de saneamiento y titulación de tierras a través del INRA (con algunos cambios en la clasificación de la propiedad), intensificando su ejecución.

Por consiguiente, los indígenas de tierras altas pasaron por el sistema de haciendas y un proceso de “campeización” elevado. Tienen un patrón de organización (el ayllu), con espacios y territorios delimitados. Su economía es agrícola con un uso productivo de la tierra (agricultura, crianza, etc., producidos para la subsistencia familiar con la venta del excedente en el mercado).

En el caso de los indígenas de tierras bajas, el proceso de “campeización” fue menor. Estuvieron particularmente afectados por el sistema de haciendas porque éste llevó consigo el desarrollo de servidumbres y esclavitud dentro de los territorios indígenas y se buscó sacar a esas familias de las haciendas. El uso que tienen de la tierra está vinculado a un espacio extendido sin delimitaciones cerradas. Tienen una economía recolectora, basada en la recolección, la caza, la pesca para el sustento mínimo necesario para la vivencia de la familia y de la comunidad, con un uso más cultural de la tierra.

## **B. El resultado de una lucha identitaria**

La construcción del concepto *naciones y pueblos indígena originario campesinos* es el resultado de una lucha de los pueblos por su identidad, como pueblo unido y diverso, así como el reconocimiento de sus derechos, que culminó con la introducción de esa categoría atípica en la Constitución, como parte del pueblo boliviano y sujeto de derechos específicos.

### **1. Proceso**

Los acontecimientos históricos antes descritos, en particular la Revolución proletaria de 1952, conllevaron los indígenas a convertirse en una clase campesina y

asumir una estructura sindical para ser reconocidos por un Estado que veía la sociedad como clases sociales<sup>305</sup> (clase obrera, clases medias y clase campesina).

Sin embargo, los indígenas, en especial de tierras altas, no se consideraban campesinos. No se veían como una clase social sino un pueblo, una nación, con tierra, territorio, idioma y cultura. Los pueblos de tierras altas tampoco aceptaban el término *indígena*, que consideraban como una propuesta de los occidentales que no reflejaba la realidad<sup>306</sup>. En efecto, para ellos el término indígena tiene una similitud con “indigente”, que es el que “no tiene nada, que está desamparado a su suerte, mientras que ellos tienen tierra, ect, y no dependen del Estado”<sup>307</sup>. De allí nació el término *originario*, que significa de este territorio, donde ellos nacieron, y donde nacieron sus padres<sup>308</sup>. La adopción del término originario es el resultado de ese debate, que se fue formando con ocasión de la primera marcha de los pueblos de tierras bajas de 1990, para distinguirse de éstos.

Si bien una primera unión entre el movimiento indígena, el movimiento campesino y el movimiento colonizador tuvo lugar con la “Marcha Indígena por el Territorio los Derechos Políticos y el Desarrollo” económico de 1996, el uso del término *naciones y pueblos indígena originario campesinos* como concepto único surgió del proceso constituyente. En el 2006, se unieron las cinco organizaciones que representaban a pueblos de tierras altas y de tierras bajas para someter una propuesta colectiva de Constitución a través del Pacto de Unidad: la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB), el Consejo Nacional de Ayllus y Markas (CONAMAQ), la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia “Bartolina Sisa” (CNMCIOS BS), la Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTSCB), la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB)<sup>309</sup>.

Como explica el sociólogo Fernando MAYORGA, esa denominación es el resultado de tres códigos: “*naciones originarias*, que es utilizado por las organizaciones de los grupos étnicos de tierras altas, *pueblos indígenas*, nombre que utilizan los grupos étnicos de tierras bajas, y *campesinos*, que es la denominación de

---

<sup>305</sup> Entrevista con V. MEDINACELI R. (CONAMAQ), supra.

<sup>306</sup> *Ibid.*

<sup>307</sup> *Ibid.*

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> Entrevista con R. ZACONETA, Abogada, en La Paz, el 25 de diciembre de 2011.

los trabajadores y trabajadoras del campo, organizados en sindicatos desde los años cincuenta”<sup>310</sup>.

El reconocimiento de los pueblos indígena originario campesinos como sujeto colectivo, titular de derechos colectivos forma parte de las propuestas del Pacto de Unidad que quedaron recogidas en la Constitución<sup>311</sup>.

## 2. Constitucionalización

El texto constitucional se refiere de manera explícita a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, otorgándoles la condición de sujeto de derecho ya que el capítulo cuatro versa sobre los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, más específicamente enumerados en el artículo 30.II. En relación con el tema que nos ocupa, cabe destacar el derecho a la libre determinación y territorialidad (II.4); a la titulación colectiva de tierras y territorios (II.6); 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 (II.15); a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio (II.17).

Como cualquier categoría supone definirla. El artículo 30.I. define la nación o el pueblo indígena originario campesino como “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. El artículo 43 de la Ley Andrés Babiáñez describe lo indígena originario campesino como un concepto indivisible, con una definición similar<sup>312</sup>.

La Constitución no enumera esas naciones y pueblos que conforman el pueblo boliviano junto con los bolivianos y bolivianas, las comunidades interculturales y afrobolivianas, como lo indica el artículo 3 de la Constitución. No obstante, el artículo 5 se refiere a los 36 idiomas de las naciones y pueblos indígena originario

---

<sup>310</sup> F. MAYORGA, *Dilemas...*, op. cit., p.84.

<sup>311</sup> *Ibíd.*

<sup>312</sup> Art. 43 de la Ley “Andrés Babiáñez” : “Lo indígena originario campesino es un concepto indivisible que identifica a los pueblos y naciones de Bolivia cuya existencia es anterior a la colonia, cuya población comparte territorialidad, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

campesinos, 34 en tierras bajas, y 2 en tierras altas (quechua y aymara)<sup>313</sup>. Por otra parte, el censo de 2001, aunque basado en la autoidentificación, presentaba esas 36 naciones o pueblos. Ahora bien, según el CONAMAQ, esa clasificación no refleja la realidad, porque idioma no es territorio, y territorio es identidad<sup>314</sup>. Por ejemplo, los kallawayas hablan quechua pero viven en la parte de los aymaras y no se autoidentifican como quechua sino kallawayas. En tierras altas, según los archivos de cuantificación disponibles en la Biblioteca de Sucre, habría 16 naciones<sup>315</sup>, que se sumarían entonces a las 34 identificadas oficialmente en tierras bajas, a las cuales habría que añadir el pueblo afroboliviano, por lo que se llegaría a un total de 50 naciones y pueblos<sup>316</sup>.

La Constitución acoge esa nueva categoría jurídica, y la reconoce como sujeto de derecho, pero se tropieza con el problema de la identificación de ese sujeto, que tiene implicaciones que van más allá de lo jurídico y lo político, sino que son culturales.

### **C. Otorgamiento de la personalidad jurídica**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que el otorgamiento de la personalidad jurídica a las comunidades indígenas sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas y, en ese sentido, garantizar que éstas puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones<sup>317</sup>. Considera que ésta es la “consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”<sup>318</sup>. Subraya que esos derechos son reconocidos no a la persona jurídica, que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad<sup>319</sup>. Es deber del Estado

---

<sup>313</sup> El aymara, arawak, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawayas, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

<sup>314</sup> Opinión expresada por V. MEDINACELI (CONAMAQ), supra.

<sup>315</sup> Charka, Larecacha, Leco, Qanchi, Qhana, Uru Sol, Pakajaqi, Luraca, Qulla, Luna, Uru, Sura, Jillaka, Karanka, Chicha, Chuwi, Qhara Qhara. CONAMAQ, op. cit., p.12.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> Véanse CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 52.d) y 82 ; *Caso del Pueblo de Saramaka c/ Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172., párr. 172.

<sup>318</sup> CorteIDH, *Caso Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 172.

<sup>319</sup> CorteIDH, *Caso Comunidad Indígena Yake Axa c/ Paraguay*, supra, párr. 82.

procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercitado por sus titulares<sup>320</sup>.

En Bolivia, desde 2006<sup>321</sup>, corresponde al Presidente de la República, otorgar personalidades jurídicas a pueblos indígenas y originarios, comunidades indígenas y campesinas, y a sus organizaciones nacionales, departamentales o regionales, a solicitud de parte, de acuerdo a los requisitos de la Ley No. 1551 de Participación Popular, de 20 de abril de 1994. Esa ley, reconoce la personalidad jurídica a los pueblos indígenas, organizados según sus usos, costumbres o disposiciones estatutarias<sup>322</sup>. Según lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley, la personalidad jurídica otorga capacidad legal a sus titulares para ser sujetos de los derechos y obligaciones emergentes de todos los actos civiles definidos por el ordenamiento jurídico nacional. El artículo 5.1 establece que el registro de la personalidad jurídica de los pueblos indígenas se hará según la jurisdicción, mediante Resolución de la Prefectura o Subprefectura, en favor del pueblo indígena que presente documentos comunitarios (libros de actas, actas de asambleas, acta de posesión que designe a sus representantes o autoridades, y/o Estatutos o Reglamentos respectivos, según corresponda), y previa Resolución afirmativa del Consejo o Junta Municipal correspondiente.

Los textos legales respetan los modos de designación comunitarios de las autoridades representantes. En la práctica, al ser un trámite administrativo, los comunidades indígenas reciben apoyo por parte de organizaciones de la sociedad civil para llevarlo a cabo, como por ejemplo el Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Social (CEJIS).

La introducción de *nación o pueblo indígena originario campesino* es una herramienta que permite constitucionalizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas sin equivocidad. Sin embargo, es un concepto complejo que agrupa a grupos culturales distintos con necesidades e intereses que, como hemos anticipado, si bien son similares en algunos aspectos, difieren en otros, y veremos que puede suponer ciertas dificultades.

---

<sup>320</sup> CorteIDH, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 189.

<sup>321</sup> Artículo 8.I.5 de la Ley INRA introducido por la Ley N°3545 de 28 de noviembre de 2006, de Reconducción de la Reforma Agraria.

<sup>322</sup> Artículos 2.1, 3.1, 4.1.

## II. LA MADRE TIERRA COMO BIEN COLECTIVO Y SUJETO DE DERECHO

La Madre Tierra es un concepto que forma parte de la cosmovisión indígena. Vimos que Vivir Bien es, entre otras cosas, considerar a la tierra como madre, y no como una mercancía<sup>323</sup>. Aparece en los textos con un doble estatuto: bien colectivo y sujeto de derecho.

### A. La Madre Tierra, un bien colectivo

Para entender el significado de la Madre Tierra hay que saber primero lo que representa la tierra para los indígenas.

#### 1. La tierra, un concepto pluri-dimensional

Como lo destaca la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni* antes citado, para los indígenas la tierra supera la función económica, clásica en la cultura occidental. Es un concepto pluri-dimensional.

*“[...] la estrecha relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino de un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”<sup>324</sup>.*

La tierra es económica porque produce alimentos para el consumo de quienes la habitan y la cultivan. Asimismo, proporciona plantas medicinales. Es social porque aporta material para construir el hábitat, para vestirse, y en ella se asienta el espacio de vida en comunidad. Es cultural y espiritual porque contiene espacios donde se celebran costumbres y ritos, y donde están enterrados los antepasados. La tierra no es una mercancía, sino constituye una fuente tanto de subsistencia como de

---

<sup>323</sup> Véanse en el presente título, Capítulo I.,II, A.2., y, R. PUENTE, “Vivir Bien y descolonización...”, op. cit, p. 359.

<sup>324</sup> CorteIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua, supra, párr 149.

reproducción cultural. Es un todo integrado, que forma parte de la identidad de los indígenas y tiene una importancia vital para ellos.

Esa concepción queda reflejada en el Derecho interno boliviano. En ese sentido cabe destacar el artículo 3 del Reglamento de la Ley INRA<sup>325</sup>: “*El carácter social del derecho agrario boliviano, consiste en lo siguiente: [...] o) Considerar a la tierra de manera integral, incluyendo sus connotaciones sociales, culturales, ambientales, económicas y de desarrollo rural [...]*”.

Podemos concluir que los indígenas tienen una doble relación con la tierra: en primer lugar histórica, porque es un legado de sus ancestros; en segundo lugar necesaria-vital, es decir tanto alimenticia, porque les da alimentos, como socio-cultural al ser un espacio de vida en comunidad, donde se desarrollan los ritos y que produce los elementos necesarios al mantenimiento de esa vida. Esa doble relación es la que convierte la tierra en un bien<sup>326</sup>.

La tierra es también un ser vivo, y es Madre<sup>327</sup>.

## 2. La Madre tierra, un ser vivo

Los indígenas dicen que son hijos del Padre Cosmos y de la Madre Tierra<sup>328</sup>. La tierra es Madre por lo que da y porque permite mantener el derecho a la vida<sup>329</sup> (da de nacer, da de comer, da de beber, da oxígeno, da energía solar, da alimento no solo a los seres humanos sino a todos los seres que viven en el planeta<sup>330</sup>). De allí la igualdad entre el hombre y la Naturaleza<sup>331</sup>.

La Madre Tierra es un ser complejo compuesto por las distintas formas de vida y seres. Es un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados,

---

<sup>325</sup> DS N°29215 de 2 de agosto de 2007.

<sup>326</sup> Véanse la lectura relacional de la propiedad hecha por G. NICOLAU, En “Polysémie et pluralisme juridique. L'exemple de la propriété”, *Cahiers d'anthropologie du droit 2013*, por ser publicado por Karthala en 2014.

<sup>327</sup> Entrevista con C. MAMANI (Foro permanente sobre cuestiones indígenas de Naciones Unidas), *supra*.

<sup>328</sup> Véanse entrevista a F. HUANACUNI, *supra*.

<sup>329</sup> Entrevista con J. FERNÁNDEZ ESPEJO, Responsable del proyecto “Promoviendo los Derechos Indígenas y la gestión de los recursos naturales en Bolivia”, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, en La Paz, el 06 de diciembre de 2011.

<sup>330</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), *supra*.

<sup>331</sup> CEJIS, “*Madre Tierra...*”, *op. cit.*, p.11.

interdependientes y complementarios, que comparten un destino común<sup>332</sup>. Los sistemas de vida son comunidades organizadas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres y su entorno, donde interactúan las comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, incluyendo las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas<sup>333</sup>. Como la tierra, la Madre Tierra es un todo integrado.

Los componentes de la Madre Tierra (seres, elementos y procesos que conforman los sistemas de vida localizados en las diferentes zonas de vida<sup>334</sup>) no son mercancías sino bondades<sup>335</sup>. Son elementos necesarios para la vida<sup>336</sup>. Al igual que la tierra, la Madre Tierra es un bien colectivo vital, pero no es territorio de nadie<sup>337</sup>.

Porque la función de la Madre Tierra es mantener la vida, hay que cuidarla, y no sobre-explotarla. Como los demás seres vivos, la Madre Tierra tiene derechos.

## **B. Los derechos de la Madre Tierra**

La propuesta política de los indígenas a partir de su cosmovisión, para enfrentar el cambio climático causado por los efectos del modelo capitalista es convertir a la Madre Tierra en sujeto de derecho. Surgió de la Cumbre de Tipikaya-Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra que tuvo lugar del 20 al 22 de Abril de 2010 en Cochabamba (Bolivia), impulsada por el Presidente Evo Morales, y en la que participaron 20.000 personas procedentes de pueblos indígenas y movimientos sociales de todos los continentes<sup>338</sup>. Reconocer a la Madre Tierra a la vez como bien colectivo y sujeto de derecho permite proteger sus derechos y hacerlos prevalecer.

---

<sup>332</sup> Artículo 3.1 de la Ley N°071 de 21 de diciembre de 2010, de Derechos de la Madre Tierra. Ese inciso es idéntico a la propuesta de ley del Pacto de Unidad. Véanse : CEJIS, “*Madre Tierra...*”, op. cit., pp. 43ss.

<sup>333</sup> Artículo 5.12 de la Ley N°300 Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien, supra. Ese inciso es idéntico al Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra consensuado entre el Pacto de Unidad y la ALP, de octubre-noviembre de 2010.

<sup>334</sup> Artículo 5.4. de la Ley N°300, supra.

<sup>335</sup> CEJIS, “*Madre Tierra...*”, op. cit., p.14.

<sup>336</sup> *Ibíd.*

<sup>337</sup> Entrevista con V. MEDINACELI R. (CONAMAQ), supra.

<sup>338</sup> Página web dedicada : <http://cmpcc.wordpress.com/>

La Constitución contaba con una referencia a la Madre Tierra en su preámbulo. Con una propuesta de ley sobre los derechos de la Madre Tierra, las organizaciones del Pacto de Unidad pretendían efectivizar la Constitución<sup>339</sup>, así como evitar la mercantilización de la Madre Tierra y proponer un modelo económico alternativo.

Esta propuesta fue recuperada por el Estado, pero solo parcialmente en cuanto a sus implicaciones. En efecto, el texto se construyó en dos etapas: la primera fue un documento consensuado entre las organizaciones del Pacto de Unidad, y luego entre el Pacto de Unidad y la Asamblea Legislativa Plurinacional<sup>340</sup>. El texto adoptado finalmente es distinto, mas corto y de menor alcance que la propuesta inicial del Pacto de Unidad (los 44 artículos que contenía la propuesta se convirtieron en 10)<sup>341</sup>. Se concibió como ley corta que define derechos y obligaciones, dejando para después la aprobación de una ley marco.

La Ley N°071 de derechos de la Madre Tierra reconoce el valor sagrado de la Madre Tierra, como parte de la cosmovisión indígena<sup>342</sup>. Le confiere un doble estatuto: el de sujeto de derecho de interés público<sup>343</sup> y de bien colectivo<sup>344</sup>, como antes señalado. Se establece una igualdad jurídica entre la Madre Tierra y los derechos colectivos y humanos en general<sup>345</sup>.

Conforme a la propuesta del Pacto de Unidad, la Ley N°071 define siete derechos: el derecho a la vida, el derecho a la diversidad de la vida, el derecho al agua, el derecho al aire limpio, el derecho al equilibrio, el derecho a la restauración, y el derecho a vivir libre de contaminación.

Sin embargo, la Ley N°300 Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien, aprobada y promulgada en Octubre de 2012, rompe con el espíritu de la Ley N°071 de Derechos de la Madre Tierra de 2010. En efecto, al introducir el concepto de desarrollo integral como una etapa para llegar al Vivir Bien,

---

<sup>339</sup> CEJIS, “*Madre Tierra...*”, op. cit., p.10. También pretendían efectivizar los derechos a la representación política y el control social, también efectivos mediante la construcción de leyes y lineamientos para las políticas del Estado.

<sup>340</sup> Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra consensuado entre el Pacto de Unidad y la Asamblea Legislativa Plurinacional, de octubre-noviembre de 2010.

<sup>341</sup> *Íd.*, p.12.

<sup>342</sup> Artículo 3.2.

<sup>343</sup> Artículo 5 : “Para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público”.

<sup>344</sup> Artículo 2.2 : “Bien común: El interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalecen en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido”.

<sup>345</sup> CEJIS, “*Madre Tierra...*”, op. cit., p.15.

y al referirse a los recursos naturales, no tiene en cuenta el Anteproyecto consensuado entre el Pacto de Unidad y la Asamblea Legislativa Plurinacional en 2010<sup>346</sup>.

Podemos concluir que el concepto de Madre Tierra adquiere valor jurídico cuando se convierte en un bien jurídico que se pretende proteger, y se realiza mediante la creación de derechos. De allí la creación de un nuevo sujeto de derecho.

Pudimos observar como la acción de los pueblos indígenas había contribuido a la creación de dos sujetos de derecho: los pueblos indígena originario campesinos, y la Madre Tierra. Ambos tienen en común la tierra, que es sus raíces.

Si prestamos atención al discurso indígena, la tierra se ve incorporada a un concepto más amplio, el territorio. La tierra es la base del territorio. Veamos cómo esos conceptos y concepciones se manifiestan en el reconocimiento y la creación simbólica de derechos.

---

<sup>346</sup> Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra, consensuado entre el Pacto de Unidad y la ALP, *supra*.

### **CAPÍTULO III. RECONOCIMIENTO Y CREACIÓN SIMBÓLICA DE DERECHOS: EL DERECHO AL TERRITORIO Y SUS COMPONENTES**

Para los indígenas, el territorio corresponde a un espacio geográfico delimitado propio, basado en las tierras (ancestrales), y que permite a los pueblos indígenas, aplicar sus usos y costumbres, así como ejercer el derecho a la libre determinación<sup>347</sup>.

El artículo 30.I del la Constitución, antes citado, refleja que el territorio es uno de los elementos que define al pueblo indígena originario campesino. Por otra parte, el artículo 403.I<sup>348</sup> reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, definiendo su contenido en términos de derechos. Nos parece ofrecer en realidad una definición de lo que los pueblos indígenas llaman el derecho al territorio y que incluye el derecho a la tierra (I), al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley (II); a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación

---

<sup>347</sup> Conclusión similar a las que ha podido llegar la doctrina internacional. Véanse en especial la siguiente definición de pueblos indígenas del entonces Relator especial de la Subcomisión de Protección de los Derechos Humanos, José MARTÍNEZ COBO, en su estudio sobre los problemas de discriminación contra las poblaciones indígenas, realizado en 1986: “*Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideraban distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales. Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un periodo prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores : a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas ; b) ascendencia común con los ocupantes originales ; c) cultura en general o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, modos de vida, estilo de vida etc.) ; d) idioma ; e) residencia en ciertas partes del país, y f) otros factores pertinentes. Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de pertenencia al grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo)*”. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Final report submitted by the Special Rapporteur, el Sr. J. Martínez Cobo, CN.4/Sub2./1986/7/Add.4. (Definition of Indigenous Populations Chapter V: E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6).

<sup>348</sup> “*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 su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza*”.

de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios (III); la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza (IV).

Ese artículo es el claro resultado de las luchas sucesivas de los pueblos indígenas por tener territorio propio y que éste sea respetado.

## **I. EL DERECHO A LA TIERRA**

Retomando el discurso indígena, el derecho a la tierra significa en primer lugar el derecho a tener tierra propia. Para traducir “lo propio” en textos basados en un discurso jurídico no indígena se acudió al concepto de *propiedad*, que aunque ajeno a la cultura jurídica indígena, permite cumplir esa función de reconocimiento y protección de un bien vital<sup>349</sup>. Por lo tanto remite al derecho de propiedad e implica, para su efectividad, el derecho a la titulación de la tierra. En segundo lugar, supone tener acceso a la tierra, lo que puede significar el derecho a la recuperación de tierras, o generar una dotación de tierras.

### **A. Derecho a la propiedad y a la titulación colectiva de la tierra**

Se hace visible la incorporación de la cultura indígena en una forma de propiedad (privada) que no es individual sino colectiva. En efecto, el artículo 56.I de la Constitución reconoce el derecho de toda persona a la propiedad colectiva, y el artículo 393 reconoce la propiedad colectiva de la tierra. Por otra parte, en el artículo 394.III de la Constitución el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas. Para que se pueda hacer efectivo el derecho a la propiedad colectiva la Constitución reconoce

---

<sup>349</sup> La CorteIDH expresó de forma reiterada, la necesidad de salvaguardar la vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir el derecho de propiedad privada. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay*, supra, párr. 137 ; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay*, supra, párr. 118, y *Caso Pueblo de Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 88 ; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/ Paraguay*, supra, párr. 85.

el derecho de los pueblos indígena originario campesinos a la titulación colectiva de tierras y territorios (artículo 30.II.6).

Para dar cumplimiento a esas disposiciones la Ley N°3545 de Reconducción de la Reforma Agraria de 2006<sup>350</sup> modifica la Ley INRA de 1996 estableciendo un procedimiento, llamado de saneamiento, que permite la delimitación (es decir identificar los límites en un mapa), la demarcación (materializarlo físicamente, colocando mojones en el terreno) y la consecución del título de propiedad. Consiste en actividades técnicas y jurídicas, relacionadas unas con otras, destinadas a regularizar y consolidar el derecho de la propiedad agraria. La ley prevé tres tipos de saneamiento: el saneamiento integrado (CAT-SAN), el saneamiento simple (SAN-SIM), que versan sobre la propiedad individual (el primero solo de oficio, y el segundo a solicitud de parte o de oficio), y el saneamiento TCO<sup>351</sup> (SAN-TCO), que versa sobre la propiedad colectiva (de oficio o a solicitud de parte). En el caso del SAN-TCO, el proceso permite otorgar un derecho propietario sobre las tierras colectivas designadas como TCO, a favor de los pueblos indígena originario, para que se aseguren los espacios geográficos que constituyen el habitat de las comunidades<sup>352</sup>.

El trámite del saneamiento pone de manifiesto la necesidad impuesta *de facto* de probar la posesión de la tierra. A continuación nos detendremos en el proceso de saneamiento y sus requisitos en cuanto a pruebas y conservación de la propiedad. Previamente cabe hacer una pequeña reseña histórica.

## 1. Proceso histórico

Recordemos que la Ley INRA fue el resultado de la lucha de los pueblos indígenas. En efecto, antes de esa ley, los pueblos de tierras bajas ya habían conseguido el reconocimiento de los indígenas como sujeto de derechos territoriales (distinto a las comunidades campesinas) y del territorio indígena, bajo la forma de las tierras comunitarias de origen<sup>353</sup>. Ahora bien, las demandas de los pueblos indígenas

---

<sup>350</sup> Supra.

<sup>351</sup> Tierra Comunitaria de Origen (TCO) convertido en Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) con el DS N°727 de 6 de diciembre de 2010, en cumplimiento de la nueva Constitución.

<sup>352</sup> Véanse también página web del INRA: <http://www.inra.gob.bo/>

<sup>353</sup> Artículo 171 de la Constitución de 1967 con la reforma de 1994.: “I. Se reconocen, 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 del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones. ; II. El Estado reconoce la personalidad

de acceso a sus territorios, o dotación y/o titulación del territorio se quedaron sin respuesta porque ninguna ley permitía efectivizar esas demandas<sup>354</sup>. Por eso, marcharon de nuevo<sup>355</sup>, para que la Ley INRA incorporara la modalidad de titulación de las Tierras Comunitarias de Origen. La Ley INRA fue un primer logro en ese sentido.

Sin embargo, un tema quedó fuera de la mesa: la denominación de la propiedad. En efecto, *tierra* es un concepto más restringido que *territorio*<sup>356</sup>. Con el término *tierra* solo se hacía referencia al área donde estaban asentadas las comunidades que podían hacer uso de la tierra, mientras que con el término *territorio* se podría incluir en la demanda no solo las tierras actualmente poseídas sino también las tierras ancestrales donde no estaban asentadas las comunidades<sup>357</sup>. Esa perspectiva también encontraba eco en el Convenio 169 de la OIT<sup>358</sup>. En el momento de adopción de la Ley INRA los pueblos indígenas no pudieron exigir ese aspecto al Estado, por la relación de fuerza existente entre ambas partes, y por otra parte, la ley ya constituía un avance con respecto a la propiedad agraria y la titulación colectiva<sup>359</sup>.

Durante los primeros años de aplicación de la Ley, los pueblos indígenas vieron sus demandas de titulación obstaculizadas porque en las áreas donde efectivamente estaban asentadas las comunidades, las tierras no eran suficientes, por lo que empezaron a reivindicar sus tierras ancestrales; aspecto que no entendía el INRA<sup>360</sup>. Los pueblos indígenas emprendieron varias marchas<sup>361</sup>, para que se incluyera el territorio en las modificaciones a la Ley INRA. Así pues, la Constitución se refiere a Territorios indígenas originario campesinos, y prevé en su disposición transitoria séptima la conversión de las *Tierras* comunitarias de origen, TCO, a *Territorios* indígena originario campesinos, TIOC, teniendo en cuenta el territorio

---

*jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos*".

<sup>354</sup> Entrevista telefónica con D. DIAZ, Directora del CEJIS Nacional, el 07 de agosto de 2012.

<sup>355</sup> "Marcha Indígena por el Territorio los Derechos Políticos y el Desarrollo económico" de 1996.

<sup>356</sup> Entrevista con D. DIAZ, supra.

<sup>357</sup> *Ibíd.*

<sup>358</sup> Artículo 14 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado en la 76a Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrada el 27 de junio de 1989: "*El Estado deberá reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*".

<sup>359</sup> Entrevista con D. DIAZ (CEJIS), supra.

<sup>360</sup> *Ibíd.*

<sup>361</sup> "Marcha por la Tierra, el Territorio y los Recursos" en el 2000, "V Marcha por la Defensa Histórica de los Territorios Indígenas" en el 2006.

ancestral y la preexistencia de los pueblos. Esa disposición fue implementada mediante el Decreto Supremo N°727 de 6 de diciembre de 2010, cuyo artículo 1 dispone lo siguiente:

*“Las Tierras Comunitarias de Origen - TCO's pasan a denominarse Territorios Indígenas Originario Campesinos - TIOC's. II. La TCO que aún no esté consolidada, adquirirá la denominación de TIOC una vez que concluya el trámite respectivo, conforme a la normativa vigente. III. El Instituto Nacional de Reforma Agraria - INRA registrará y certificará el cambio de denominación establecida en el presente Decreto Supremo. IV. Los efectos legales de este cambio de denominación se refiere únicamente a la Legislación Agraria. Los Territorios Indígenas Originario Campesinos - TIOC's en su condición de Tierras Comunitarias de Origen - TCO's tienen como únicos titulares del derecho propietario colectivo a los pueblos que los demandaron”.*

## **2. Papel de los indígenas en el proceso de saneamiento**

En el proceso de saneamiento interviene el pueblo, en particular la autoridad legítimamente elegida según los usos y costumbres del pueblo<sup>362</sup>, el Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) y el Vice-Ministerio de Tierras (Ministerio de Desarrollo Rural y Tierras).

### *a. Inicio del proceso: registro de identidad e informe técnico*

El proceso puede ser iniciado de oficio por el INRA o a solicitud de un pueblo indígena originario a través de sus representantes originarios (Mallkus, Jilakatas, Caciques, Capitanes y otros)<sup>363</sup>.

Se presenta la solicitud mediante un memorial que hace constar la relación histórica del pueblo, acompañado de un certificado de personalidad jurídica del pueblo identificando sus representantes acreditados en actas de elección, una lista de las comunidades integrantes de la misma y un plano de referencia<sup>364</sup>. Cabe notar que organizaciones de la sociedad civil, como el CEJIS por ejemplo, ofrecen apoyo a las

---

<sup>362</sup> Entrevista con J. F. TAPIA GARCÍA, Director del INRA, en La Paz, el 21 de diciembre de 2011.

<sup>363</sup> Véanse Preguntas frecuentes página web del INRA, supra.

<sup>364</sup> *Ibíd.*

comunidades tanto para la tramitación de la personalidad jurídica como para la elaboración del memorial y la preparación de los justificantes requeridos (plano...) <sup>365</sup>.

En ese momento el INRA procede a la admisión de la solicitud (mediante auto de admisión), con transmisión de la misma al Vice-Ministerio de Tierras para que certifique el registro de identidad del pueblo, que debe ser respaldado por un informe técnico <sup>366</sup>.

El registro se presenta bajo la forma de un certificado firmado por el Vice-Ministro y la Ministra. Debe constar de los siguientes elementos requeridos por la legislación <sup>367</sup>: a) Declaración de identidad, pertenencia o ambos, según corresponda, del pueblo indígena u originario; b) Reseña histórica y croquis referencial del territorio ancestral, en el caso de pertenencia; c) Formas de organización indígena u originaria; d) Ubicación geo – espacial y e) Otros que correspondan.

El informe técnico (de 60 a 100 páginas) es un informe socio-cultural donde constan los objetivos, el análisis de toponimias, el significado en idioma originario de las comunidades, de las instancias, de los lugares, la demografía, los espacios o lugares sagrados, los rituales, el calendario festivo ritual, la estructura y el tipo de las autoridades originarias, la organización del pueblo a instancias locales, regionales y nacionales y la identidad del pueblo <sup>368</sup>.

Con respecto a ese último punto, la personalidad jurídica no basta para la demanda, sino que hace falta un acto de declaración de identidad: además de su nombre como pueblo y su demanda de TIOC, el pueblo debe indicar su adscripción a una Nación, (ayllu, marka, suyu...) <sup>369</sup>. Lo hacen todos los miembros en el marco de un taller participativo de hombres y mujeres a la hora de recopilar información para el informe técnico <sup>370</sup>. El Vice-Ministerio intenta orientarles pero no ejerce ninguna presión con respecto a la elección de la Nación. Tiene que ser algo que los vincule a un pasado con una territorialidad indígena u originaria (aunque no tenga el mismo nombre) <sup>371</sup>.

---

<sup>365</sup> Entrevista con D. DIAZ (CEJIS), supra.

<sup>366</sup> Artículo 360.c del DS N°29215, supra.

<sup>367</sup> *Ibíd.*

<sup>368</sup> Entrevista con R. CHOQUE, Unidad de Saneamiento de TIOCs del Vice-Ministerio de Tierras, el 23 del 12 de 2011, en La Paz.

<sup>369</sup> *Ibíd.*

<sup>370</sup> *Ibíd.*

<sup>371</sup> *Ibíd.*

Para emitir el informe el Vice-Ministerio, por medio de su Unidad de saneamiento de TIOC, lleva a cabo un trabajo de investigación en campo y en colaboración con el pueblo, y/o teórico en gabinete, cuyos resultados deben ser ratificados por los representantes<sup>372</sup>.

Por lo tanto, en la práctica, el informe se basa en dos investigaciones<sup>373</sup>: a) una investigación primera, en la que se hace un abordaje teórico, luego en campo se recopila información con el pueblo, y se retorna al gabinete; b) una investigación secundaria, que es de consulta de textos que se han escrito sobre los pueblos indígenas de tierras altas o tierras bajas, con una mirada histórica y antropológica (antecedentes históricos: prehispánicos, coloniales, republicanos).

Durante esa investigación, se tiene en cuenta el memorial de demanda enviado al INRA, en el que el pueblo justifica su demanda. Pero, al parecer, los técnicos lo manejan con cuidado, porque, según ellos, ciertos elementos no reflejan siempre la realidad, o a veces son más afirmaciones que justificaciones (aunque se haya admitido la memoria)<sup>374</sup>.

El Vice-Ministerio no entra en el tema de las delimitaciones. Hace un estudio, una descripción del uso, del aprovechamiento de las áreas (de pastoreo, de agricultura, si son propiedad individual, propiedad comunal...)<sup>375</sup>.

Se toman también en cuenta: el tema del acceso a la tierra por parte de las mujeres, los valores comunitarios, los valores que perviven en el sitio donde se hace la demanda (formas de organización para el trabajo...), el acceso, los asentamientos (dispersos, semi-dispersos)<sup>376</sup>. Se acompaña de mapas de la demanda (con las colindancias, los municipios, los departamentos), un mapa sociocultural/sociopolítico donde se sobrepone, en base a los estudios de ayllus por ejemplo, la ubicación de la demanda con una determinada Nación, en la época de las señorías aymaras<sup>377</sup>.

Una vez aprobado el informe por el Vice-Ministro y la Ministra, se remite el certificado de registro de identidad y el informe técnico a cada INRA departamental, en un principio en quince días hábiles, pero se suele demorar por la cantidad de demandas que hay<sup>378</sup>. También se remite un certificado de informe técnico al pueblo

---

<sup>372</sup> Artículo 360.c del DS N°29215, supra.

<sup>373</sup> Entrevista con R. CHOQUE (Vice-Ministerio de Tierras), supra.

<sup>374</sup> *Ibíd.*

<sup>375</sup> *Ibíd.*

<sup>376</sup> *Ibíd.*

<sup>377</sup> *Ibíd.*

<sup>378</sup> *Ibíd.*

solicitante<sup>379</sup>. Empieza un periodo de exposición de resultados de quince días, durante el cual se da a conocer el informe al pueblo que puede formular observaciones. También se pone a disposición de los terceros si hay terceros en el territorio demandado. En la práctica, no se suele acceder a las observaciones formuladas por el pueblo sobre el informe, cuando las hay<sup>380</sup>.

En esa fase del proceso, nos parece que hay dos paradojas. La primera es que por un lado, se acepta la designación de un representante del pueblo como interlocutor conforme a los usos y costumbres del pueblo, pero, por otro lado, se recoge la opinión de todos los miembros del pueblo a través de la organización de un taller. ¿Se debe interpretar como una desconfianza en la capacidad del representante a ser la voz del pueblo y expresar su voluntad, y es entonces una forma de control sobre los procesos de decisión internos de las comunidades? La segunda paradoja es que se da a elegir una nación, pero dentro de un listado pre-establecido, que, como señalábamos en el apartado sobre la definición de pueblos indígenas en la Constitución, parece omitir algunas naciones y dejar ambigüedades.

#### *b. Informe de necesidades y uso del espacio territorial*

Si procede, el INRA solicita al Vice-Ministerio de Tierras la elaboración de un Informe de necesidades y uso del espacio territorial, en coordinación con los representantes del pueblo indígena originario, sobre la base de estudios de campo, pericias o informes técnicos y la aptitud de uso mayor del suelo determinada por la Superintendencia Agraria o Superintendencia Forestal<sup>381</sup>. En la elaboración del informe participan equipos interdisciplinarios de profesionales con especialidad en las disciplinas que sean pertinentes y el pueblo solicitante, a través de equipos técnicos que designe<sup>382</sup>. Los resultados son ratificados por sus autoridades o representantes.

El informe de necesidades y uso del espacio territorial contiene: a) una descripción del hábitat, que incluye la ocupación actual e histórica del pueblo sobre el espacio territorial solicitado y pronunciamiento sobre si el área demandado es suficiente o insuficiente para el pueblo indígena u originario; b) una descripción y un

---

<sup>379</sup> Artículo 362 del DS N°29215, supra

<sup>380</sup> Entrevista con D. DIAZ (CEJIS), supra.

<sup>381</sup> Artículo 364 del DS N°29215, supra.

<sup>382</sup> *Ibíd.*

análisis del acceso y vivencia de su espacio territorial, incluidos características socioculturales, sistema de producción y manejo de recursos naturales.

El informe de necesidades y uso del espacio territorial, se expide en el plazo máximo de 60 días calendarios, computables a partir de la recepción de la solicitud. Se remite a conocimiento de la Dirección Departamental del Instituto Nacional de Reforma Agraria solicitante.

Al mismo tiempo se van colocando mojones y resolviendo conflictos de linderos con terceros si procede, a través de la conciliación; tema en el que nos centraremos mas adelante.

### *c. Resolución y titulación*

El INRA resuelve sobre la solicitud estableciendo los derechos del pueblo solicitante y de los terceros si procede. Se prevé la posibilidad de compensar con tierras si, a raíz del proceso, la tierra reconocida para el pueblo no es suficiente.

La titulación consiste en la entrega del título ejecutorial a los representantes del pueblo, a nombre del pueblo<sup>383</sup>, en presencia de los miembros de la comunidad<sup>384</sup>. Según las estadísticas un 3% de las titulaciones se hace a nombre de una personalidad jurídica<sup>385</sup>.

De ese proceso de saneamiento se pueden destacar los elementos que fundamentan la posesión de la tierra, y que van en el sentido del reconocimiento del uso de la tierra como forma de prueba de su posesión, en defecto de un título de propiedad, en la línea de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que merece un estudio detallado.

Por otra parte, cabe relacionarlo con los textos que versan sobre el derecho agrario que supeditan la adquisición y la conservación de la propiedad agraria -que

---

<sup>383</sup> Disposición final tercera de la Ley N°3545 de Reconducción de la reforma agraria, supra: [beneficiario en los títulos de tierras comunitarias de origen]: "*En los títulos ejecutoriales que se emitan como resultado del proceso de saneamiento y procesos de dotación a favor de los pueblos indígenas y originarios como Tierras Comunitarias de Origen, necesariamente se deberá consignar como beneficiario o titular al pueblo indígena y originario*". *El Instituto Nacional de Reforma Agraria velará de oficio por que este aspecto se consigne en el título correspondiente*"; y artículo 2 del DS N°727, supra: "*los Territorios Indígenas Originario Campesinos - TIOC's en su condición de Tierras Comunitarias de Origen - TCO's tienen como únicos titulares del derecho propietario colectivo a los pueblos que los demandaron*".

<sup>384</sup> Entrevista con J. F. TAPIA GARCÍA (INRA), supra.

<sup>385</sup> *Ibíd.*

abarca varias formas de propiedad, entre ellas la propiedad comunitaria o colectiva que comprende los TIOCs, las comunidades interculturales originarias y las comunidades campesinas- al trabajo de la tierra.

### **3. Prueba de posesión de la tierra: ancestralidad y uso tradicional**

Cabe distinguir entre los pueblos de tierras altas y los de tierras bajas. En tierras altas la noción de propiedad se generó a partir de la ancestralidad, comprobada o bien a través de documentos escritos históricos -como cartas, manuscritos, divisiones territoriales de la época colonial que han establecido la pertenencia de poblaciones (en particular aymara) a ciertos territorios (asentamientos), o documentos vinculados a los procesos de compras y recompras de tierras por los indígenas a la Corona- o bien a través de antecedentes agrarios. Sin embargo, a menudo no existe un título de propiedad. En tierras bajas, no suele haber documentos escritos, porque se trata de una población tradicionalmente nómada, que conoce sus espacios por transmisión oral, sin delimitación concreta.

En ambos casos se acude a la noción de uso tradicional de la tierra, a través del cual los indígenas sientan su presencia, su posesión y uso de la tierra en función de las actividades que han realizado cotidianamente. Como ya se ha explicado anteriormente, las formas tradicionales de uso de la tierra varían entre pueblos de tierras altas (uso más bien productivo) y pueblos de tierras bajas (uso más bien cultural).

En el conocido caso *Awás Tin Gni*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las comunidades indígenas deben ser tenidos en cuenta en la demarcación oficial y la titulación de las tierras que conforman el derecho de propiedad, y en ese sentido “como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”<sup>386</sup>. Por lo tanto, en caso de ausencia de un título de propiedad formal, la posesión, el uso cultural de la tierra puede sustituirlo para obtener el reconocimiento oficial de la

---

<sup>386</sup> CorteIDH Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni c/ Nicaragua, supra, párr. 151; reiterado en el Caso Sawhoyamaxa c/ Paraguay, supra, párr. 128; y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/ Paraguay, supra, párr. 109.

propiedad. Esas afirmaciones jurisprudenciales se ven reflejadas también en las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que tiene rango de ley en Bolivia<sup>387</sup>: “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma”<sup>388</sup>.

¿*Quid* en los textos y las prácticas legales bolivianas? Por un lado, el artículo 403.II de la Constitución dispone que 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. Por otro lado, el artículo 3.III de la Ley N°1715, Ley INRA, dispone que se garantizan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras comunitarias de origen, tomando en cuenta sus implicaciones económicas, sociales y culturales, y el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables. Por fin, los datos recogidos en el informe de necesidades y uso del espacio territorial del Vice-Ministerio de Tierras incluyen aspectos como el uso de los recursos naturales suelo, agua, flora, fauna; actividades rituales y su relación con el espacio territorial; valores y gestión comunitaria; sistemas de producción<sup>389</sup>.

Por lo anterior, podemos concluir que las formas de uso tradicional de la tierra, incluido el uso cultural, se aceptan como prueba de posesión de la tierra.

#### **4. Garantías de la propiedad y función social**

El artículo 394.III de la Constitución consagra la indivisibilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, inalienabilidad e irreversibilidad de la propiedad colectiva, clasificada en tres tipos Territorios Indígena Originario Campesinos, Comunidades Interculturales Originarias y Comunidades Campesinas. También, según ese mismo artículo, la propiedad colectiva está exenta del pago de impuestos a la propiedad agraria. En el marco de la titulación se podrá reconocer la

---

<sup>387</sup> Véanse Ley N°3760 de 7 de noviembre de 2007, mediante la cual se eleva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, aprobada en la 62ª Sesión de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), celebrada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007.

<sup>388</sup> Artículo 26.2

<sup>389</sup> Datos comprobados en un ejemplo de informe consultado en el Vice-Ministerio de Tierras, en La Paz, el 23 de diciembre de 2011.

complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad.

Ese artículo forma parte de los proyectos de artículos presentados durante el proceso constituyente y aprobados por mayoría en Comisión<sup>390</sup>. Tenía como propósito permitir la tenencia transgeneracional y el desarrollo de los propietarios como colectividades en el tiempo<sup>391</sup>.

También respondía a la realidad agraria del país, en particular en la región andina donde existen derechos de propiedad compartidos entre la comunidad y las familias<sup>392</sup>, lo que detallaremos mas adelante. De ese modo, se reconoce la titulación mixta, o proindivisa, que implica otorgar derechos de propiedad familiar-individual ligados a la comunidad o el territorio<sup>393</sup> objeto de titulación colectiva.

Al establecer en su artículo 397.I, que el trabajo es la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria, la Constitución retoma el principio nacido de la reforma agraria de 1956 según el cual “la tierra es para quién la trabaja”. Ese principio se hace efectivo a través del cumplimiento de la llamada función social o económico social. En efecto, los artículos antes citados que reconocen el derecho de propiedad, que sea individual o colectivo, condicionan ese derecho al cumplimiento de la función social o económico social según el tipo de propiedad.

El artículo 397.II define la función social como el “aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígena originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares”. A su vez, el artículo 397.III define la función económica social como el “empleo sustentable de la tierra en el desarrollo de actividades productivas, conforme a su capacidad de uso mayor, en beneficio de la sociedad, del interés colectivo y de su propietario”.

El artículo 164 del Reglamento de la Ley INRA modificada por la Ley 3545<sup>394</sup> especifica que las propiedades cumplen la función social, cuando sus propietarios o

---

<sup>390</sup> INRA, Breve Historia del Reparto de Tierras, op. cit., p.80.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 81

<sup>392</sup> *Ibid.*

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> DS N°29215, supra.

poseedores, demuestran residencia en el lugar, así como un uso o aprovechamiento tradicional y sostenible de la tierra y sus recursos naturales, destinados a lograr el bienestar o desarrollo familiar o comunitario, según sea el caso, en términos económicos, sociales o culturales. La Ley INRA modificada lo resume del siguiente modo en su artículo 2.I: el solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunaria y las tierras comunitarias de origen cumplen una función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias, de acuerdo a la capacidad de uso mayor de la tierra. Por otra parte, identifica áreas para definir la composición de las propiedades de función económico social: áreas efectivamente aprovechadas (en predios con actividad agrícola es la superficie que actualmente se trabaja o se encuentra en producción; en predios con actividad ganadera es la superficie que corresponde a la cantidad de ganado existente -carga animal- más las áreas silvopastoriles y con pasto cultivado); áreas de descanso (en propiedades agrícolas, aquellas de rotación que tuvieron trabajos, mejoras e inversiones productivas claramente identificables); servidumbres ecológicas legales (limitaciones a los derechos de uso y aprovechamiento establecidas sobre las propiedades agrarias de acuerdo a las normas legales y reglamentarias específicas) y áreas de proyección de crecimiento (en mediana propiedad es del 50% y en empresa agropecuaria del 30 %. Para la empresa agrícola será calculada desde un 30% hasta un 50% según parámetro establecido en reglamento, siempre y cuando no exceda la superficie mensurada en saneamiento o la consolidada como emergencia del mismo)<sup>395</sup>.

Por lo tanto el cumplimiento de la función social (o económico social) constituye una garantía de la propiedad.

El cumplimiento de esas funciones se verifica en campo<sup>396</sup>, mediante el establecimiento de un sistema de control y seguimiento permanente<sup>397</sup>. Según lo establecido en el Reglamento de la Ley INRA, en el caso de los TIOC, se comprueba el uso y aprovechamiento de los territorios del pueblo que cubren la totalidad del hábitat de las regiones que ocupa, de acuerdo a sus usos y costumbres o que utiliza de alguna manera en la satisfacción de sus necesidades económicas, sociales, culturales

---

<sup>395</sup> Artículo III y ss.

<sup>396</sup> Artículo IV de la Ley INRA modificada por la Ley N°3545, supra.

<sup>397</sup> Artículo 162 del DS N°29215, supra.

y espirituales<sup>398</sup>. En la práctica, esa comprobación se lleva a cabo en el marco del proceso de saneamiento, pero no una vez hecha la titulación.

Si recordamos el principio según el cual “la tierra es para quién la trabaja” entendemos que su aplicación a las tierras de los pueblos indígenas no es literal. En efecto, si se admite que el uso de la tierra puede ser cultural y espiritual (por ejemplo un lugar sagrado, un espacio delimitado para un rito...) entonces trabajar no se entiende en el sentido de cultivar sino de utilizar.

Así pues, la propiedad, que se distingue del derecho de propiedad, responde a una función social (o económico social). En eso vemos un elemento de transculturación del Derecho estatal por el Derecho indígena. Mantenerla constituye una garantía para conservarla. Además el derecho de propiedad se basa en la ancestralidad y el uso tradicional de la tierra, que son admitidas como prueba de la posesión de la tierra; otro elemento de transculturación.

## **B. Vigencia y alcance del derecho de propiedad**

El reconocer a los pueblos indígenas el derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales nos conlleva a preguntarnos si en la actualidad están ocupando las tierras que corresponden real y plenamente a sus tierras ancestrales por un lado, y si están disfrutando de las tierras que necesitan por otro lado.

### **1. Vigencia del derecho de propiedad y recuperación de tierras**

Como lo hemos explicado antes, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas se basa principalmente en la ancestralidad. Ahora bien, puede ser que determinados pueblos salieran de las tierras que ocupaban a raíz de actos de violencia en su contra, o que fueran expulsados de sus tierras, luego transferidas a terceros, o que éstas les fueran usurpadas por terceros, o que estén impedidos de acceder a ellas y usarlas (porque se creó una Reserva natural en esas tierras por ejemplo). En esas circunstancias ha desaparecido la posesión. ¿Se extingue con ella el derecho a la recuperación de tierras?

---

<sup>398</sup> Artículo 165.II. del DS N°29215, supra.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”<sup>399</sup>. En ese último caso, “los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”<sup>400</sup>.

En opinión de la Corte, mientras exista una relación con la tierra, permanece vigente un derecho a reivindicar la recuperación de las tierras<sup>401</sup>. ¿En qué consiste esa relación? Para la Corte, “*esa relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, debe ser posible, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura*”<sup>402</sup>, lo que implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales<sup>403</sup>.

Cuando la restitución no sea posible, el pueblo afectado debe ser compensado con tierras alternativas. La Corte señala al respecto que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas<sup>404</sup>, y tener ciertas “aptitudes agroecológicas” y ser sometidas a un estudio que determine su potencial de desarrollo por parte de la Comunidad<sup>405</sup>.

---

<sup>399</sup> CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay, supra, párr. 128.

<sup>400</sup> *Ibid.*

<sup>401</sup> CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/ Paraguay, supra, párr. 112.

<sup>402</sup> *Íd.*, párr. 113.

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa c/ Paraguay, supra, párr. 149.

<sup>405</sup> CorteIDH, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/ Paraguay, supra, párr. 118.

Por lo tanto la relación de los pueblos indígenas con la tierra y su significado es un criterio a tener en cuenta tanto en la restitución de tierras como en la compensación.

La recuperación de tierras usurpadas fue uno de los objetivos de la Reforma Agraria en Bolivia y fue impulsada por la aprobación del Decreto Ley N° 3464 de 2 de agosto de 1953 elevado a rango de ley en 1956. Su artículo 42 establecía que “las tierras usurpadas a las comunidades indígenas, desde el 1° de enero del año 1900, les serían restituidas cuando probaran su derecho, de acuerdo a reglamentación especial”. Como ya señalamos, se implementó a través de un proceso de titulación de tierras, bajo la modalidad de distribución de tierras a título gratuito, a solicitud de las personas interesadas, pero con resultados moderados, y se fue confundiendo con las dotaciones de tierras a título oneroso, destinadas a distribuir tierras en zonas de colonización, y llevó por ejemplo a legalizaciones de asentamientos espontáneos<sup>406</sup>.

Hoy en día, la recuperación de tierras en Bolivia se efectiviza a través del proceso de saneamiento antes descrito, que supone una dificultad dado que inicialmente ese proceso se basaba en la posesión efectiva de la tierra.

## **2. Dotación de tierras a favor de pueblos indígenas**

Para favorecer el acceso a la tierra de todos los bolivianos se pusieron en marcha varias políticas de dotación de tierras. Como hemos dicho, la Ley de Reforma Agraria de 1953 pretendía lograr la distribución y redistribución de tierras a las comunidades campesinas e indígenas que no tenían acceso a las mismas, o la poseían en forma insuficiente<sup>407</sup>. Si bien eliminó el régimen de servidumbre al que estaban sometidas las mayorías campesinas, no pudo transformar la estructura inequitativa de la distribución de tierras en el país, dando lugar a la aparición del minifundio<sup>408</sup>, sobre todo en el altiplano y los valles, mientras que en el oriente se consolidaban

---

<sup>406</sup> INRA, Breve Historia del Reparto de Tierras..., op. cit., p.29.

<sup>407</sup> Defensor del Pueblo, “Programa de pueblos indígenas, originarias y comunidades campesinas – Protocolo de procesamiento de casos sobre tierra territorio”, Documento interno, (s.f), p.15. Documento facilitado por E. MULLUCUNDO (Defensor), supra.

<sup>408</sup> El minifundio afecta no solo a la propiedad titulada de manera individual y familiar sino también a las familias e individuos dentro de una propiedad titulada de forma colectiva, debido a una subdivisión de los derechos de acceso, uso y disfrute de las tierras. O. BAZOBERRY CHALI, op. cit., pp.52-53.

grandes extensiones destinadas a promover el desarrollo de la agroindustria<sup>409</sup>. Condujo al avasallamiento de tierras por parte de aquellos que poseían tierras de manera insuficiente o no la poseían, contra propietarios legalmente constituidos, dando nacimiento al Movimiento Sin Tierra<sup>410</sup>. Fue uno de los motivos de las movilizaciones indígenas de los años noventa, que impulsaron la Ley INRA con una nueva política de distribución de tierras<sup>411</sup> y la prohibición de la colonización espontánea de tierras (practicada por el Movimiento sin Tierra).

En ese marco, los pueblos indígenas pueden verse dotados con tierras si las que tienen en propiedad no son suficientes. Esas tierras proceden o bien del proceso de distribución de tierras fiscales, o bien de los procesos de saneamiento, o bien de las tierras expropiadas por causal de utilidad pública identificada por la Ley INRA como reagrupamiento y redistribución de tierras<sup>412</sup>, o por incumplimiento de la función social en pequeñas propiedades por abandono por más de dos años consecutivos<sup>413</sup>.

Las tierras fiscales son, según la Ley INRA, las tierras identificadas por el Estado para actividades de protección del Medio Ambiente o que requieren tratamiento especial, o destinadas a su redistribución para quienes no tienen tierra (por medio de dotación gratuita, a favor de las comunidades campesinas, pueblos o comunidades indígenas y originarias, o por adjudicación)<sup>414</sup>. En cuanto a las tierras

---

<sup>409</sup> Ibid.

<sup>410</sup> Ibid.

<sup>411</sup> La nueva política agraria.

<sup>412</sup> Artículo 59. II. de la Ley INRA modificada por la Ley N°3545, supra: “Las tierras expropiadas por la causal de utilidad pública señalada en el párrafo 1 del numeral I [reagrupamiento y redistribución de tierras], serán dotadas de oficio o a solicitud de parte interesada, exclusivamente a favor de pueblos indígenas y/o originarios que como resultado del proceso de saneamiento de la propiedad agraria ni con la distribución de tierras fiscales hayan sido dotados con tierra suficiente en cantidad, calidad y ubicación geográfica para asegurar su subsistencia física y reproducción étnica, de acuerdo a Decreto Supremo que establezca la causal de reagrupamiento y redistribución, previo informe técnico elaborado por el órgano del Poder Ejecutivo especializado en asuntos étnicos y el dictamen de la respectiva comisión agraria departamental”.

<sup>413</sup> Véanse artículo 58 de la Ley INRA modificada por la Ley N°3545, supra., y artículo 203. 2. del DS N°29215, supra.

<sup>414</sup> Disposición transitoria décimo primera de la Ley N°3545, supra.: “*Todas las Tierras Fiscales disponibles declaradas hasta la fecha y las que sean declaradas como tales a la conclusión de los procesos de saneamiento en curso, serán destinadas exclusivamente a la dotación a favor de pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias sin tierra o aquellas que las posean insuficientemente*”.

Artículo 42. II. de la Ley INRA modificada por Ley N°3545, supra: “*La dotación será a título gratuito exclusivamente en favor de comunidades campesinas*”.

Artículo 43 de la Ley INRA modificada por Ley N°3545: “Las tierras fiscales serán dotadas y adjudicadas de acuerdo a su vocación de uso, sujetándose a las siguientes preferencias: 1. La dotación será preferente en favor de quienes residan en el lugar; 2. La dotación tendrá preferencia frente a la adjudicación, en el marco de las políticas nacionales de distribución, reagrupamiento y redistribución

declaradas disponibles en el marco del proceso de saneamiento, como veremos adelante, se trata de tierras de terceros en conflicto de linderos con tierras objeto de SAN-TOC, revertidas al dominio de la Nación por no cumplir con la función económico social<sup>415</sup>.

En el caso de tierras que fueron objeto de expropiación por causa de utilidad pública y de reagrupamiento y redistribución, la entidad estatal especializada en asuntos étnicos, una vez establecida la necesidad de reagrupamiento y redistribución de tierras como causal de expropiación para dotación a favor de pueblos indígenas u originarios, elabora, en coordinación y acuerdo con el pueblo indígena u originario, y para efectos de desarrollar el procedimiento de expropiación, un informe técnico que determine y fundamente esta necesidad. Cuando se trata de un predio adyacente a un pueblo indígena u originario, se guía por los siguientes criterios<sup>416</sup>:

- a) Para las áreas en las cuales se efectuará la expropiación, se tomará prioritariamente las áreas que se encuentren al interior de la demanda de saneamiento que el pueblo indígena beneficiario hubiese planteado, y fuese admitida por el Instituto Nacional de Reforma Agraria, o la solicitud de distribución de tierras fiscales, según se trate, excluyendo aquellas que correspondan a solares campesinos, pequeñas propiedades, propiedad comunal y tierras comunitarias de origen.
- b) Para la selección del área se tomará en cuenta factores como la accesibilidad, la solución de continuidad con las áreas dotadas, los sitios de valor histórico o cultural y potencial productivo para el pueblo indígena.

El Presidente de la República, conjuntamente a sus Ministros de Estado, a través de un Decreto Supremo, es quién establece la existencia de causal de reagrupamiento y redistribución, en el cual, de manera fundada en los respectivos estudios técnicos, determina la superficie necesaria, la ubicación geográfica de las

---

de tierras y las posibilidades del Instituto Nacional de Reforma Agraria; y, 3. La dotación será preferente en favor de pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias sin tierra o de aquellas que las posean insuficientemente”.

<sup>415</sup> Se excluyen de este procedimiento las tierras tituladas como Solares Campesinos, Pequeñas Propiedades, Tierras Comunitarias de Origen y Propiedades Comunitarias o Colectivas; Artículo 53 Ley INRA modificada por Ley N°3545, supra; artículo 182 del DS N°29215, supra.

<sup>416</sup> Artículos 219 y 220 del DS N°29215, supra.

áreas afectadas para dotación de pueblos indígenas u originarios cuyas necesidades espaciales aún no hayan sido cubiertas en los procedimientos de saneamiento de la propiedad agraria o de dotación de tierras fiscales. El Decreto Supremo, dispone a su vez la utilización de los recursos económicos necesarios para la cancelación del valor indemnizatorio<sup>417</sup>.

Si bien los pueblos indígenas pueden beneficiarse por un lado de la reversión, que además por excepción legal no se aplica a sus tierras, y por otro lado de la expropiación, también pueden verse afectados por la expropiación en ciertas circunstancias.

### **C.Límites legales al ejercicio del derecho de propiedad**

Aunque los pueblos indígenas se ven aplicados excepciones a las reglas de expropiación, no quedan excluidos de su aplicación. Están sujetos al procedimiento de expropiación por causal de utilidad pública en determinados supuestos.

La Ley INRA modificada por la Ley N°3545 establece tres causas de utilidad pública susceptibles de fundamentar una expropiación: 1. El reagrupamiento y la redistribución de tierras; 2. la conservación y protección de la biodiversidad; 3. la realización de obras de interés público<sup>418</sup>. Sin embargo, establece un régimen especial para la aplicación de las reglas sobre la expropiación al solar campesino, la pequeña propiedad, las tierras comunitarias de origen y las tierras comunales tituladas colectivamente: sólo podrán ser expropiadas por las causas de utilidad pública, referidas en los numerales 2 y 3 del parágrafo I, es decir: la conservación y protección de la biodiversidad y la realización de obras de interés público<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Íd., Artículo 221.a).

Según el artículo 214 del mismo decreto, el titular registrado de un predio a expropiarse, siempre y cuando cumpla la función económico - social o la función social, según corresponda, puede solicitar que se le compense parcial o totalmente con tierras cuyo valor de mercado sea equivalente al monto a ser indemnizado.

La compensación solicitada, en el caso de expropiación por reagrupamiento y redistribución, no podrá ubicarse al interior del [territorio del] pueblo indígena beneficiario.

<sup>418</sup> Artículo 59.I

<sup>419</sup> Artículo 59.III

El Reglamento de la Ley INRA define las condiciones que se tienen que dar para justificar la expropiación de las tierras saneadas y dotadas a comunidades campesinas, indígenas y originarias: Cuando esas tierras no se usen de manera sostenible y conforme a la aptitud de uso del suelo, y: a) Que en el área hubiesen existido planes estatales de recuperación y manejo del recurso tierra y apoyo brindado a través de programas de capacitación, asistencia técnica e inversión, destinados a evitar el mal uso de la tierra; b) Que la comunidad hubiese sido previamente comunicada y apercibida reiteradamente por la autoridad competente para adecuarse al empleo sostenible y a la aptitud de uso del suelo; c) Las comunidades dotadas o que se encontrasen en tierras erosionadas no tendrán responsabilidad sobre su uso insostenible, debiendo el Estado implementar ineludiblemente políticas de recuperación y manejo del recurso tierra<sup>420</sup>.

La expropiación da derecho a una indemnización. El procedimiento es iniciado de oficio por el INRA cuando tiene evidencia por vía directa o indirecta que determinadas tierras comunales no se usan conforme a su capacidad de uso mayor. La ley entiende por vía indirecta la denuncia formulada de manera escrita por cualquier persona o entidad no facultada para denunciar directamente.

El Ministro de Desarrollo Rural, Agropecuario y Medio Ambiente, de oficio o por iniciativa de la entidad estatal de áreas protegidas, gobiernos departamentales y locales, mediante una Resolución Ministerial es quién establece la existencia de causal de conservación y protección de la biodiversidad. Determina, con base en criterios técnicos fundados, la superficie necesaria y la ubicación geográfica del área en la cual se deben afectar propiedades para esta finalidad, o crear áreas de conservación y protección de la biodiversidad. Dispone la utilización de los recursos económicos necesarios para la cancelación del valor indemnizatorio<sup>421</sup>. El importe de la indemnización se fija tomando en cuenta el valor de mercado de las tierras, las mejoras, las inversiones productivas o inversiones de conservación sobre el predio y otros criterios verificables mediante los instrumentos legales respectivos, fijados por la Superintendencia Agraria, que aseguren una justa indemnización<sup>422</sup>.

Por consiguiente el punto central del procedimiento es el uso sostenible de la tierra, que en un principio es conforme al uso tradicional de la tierra.

---

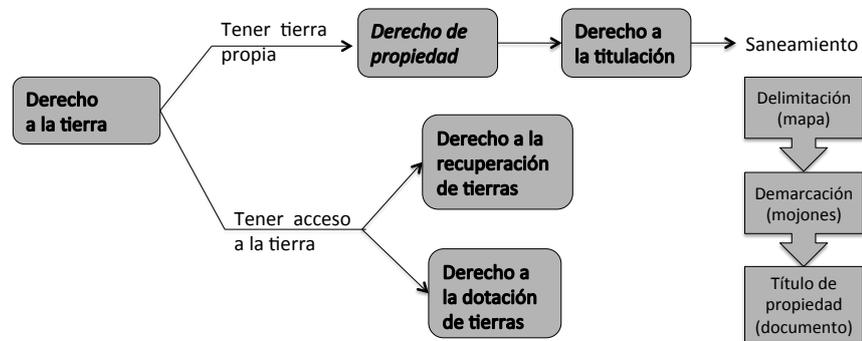
<sup>420</sup> Artículos 236 del DS N°29215, supra.

<sup>421</sup> Artículo 221.b) del DS N°29215, supra.

<sup>422</sup> Artículo 60 de la Ley INRA modificada por la Ley 3545, supra.

En el análisis realizado en ese primer párrafo, pudimos comprobar que el derecho fundamental era el derecho a la tierra. El derecho de propiedad existe por necesidad jurídica, para efectivizar el derecho a la tierra. El derecho a la propiedad significa un derecho a la titulación de tierras que otorga reconocimiento y protección. Podemos representarlo con la siguiente figura.

Figura 1 Derecho a la tierra y derecho de propiedad



Por otra parte, se destaca claramente la relación entre tierra y territorio. El territorio, aplicado a la cultura indígena, abarca no solo la tierra sino también los recursos naturales. Como bien señala la Corte interamericana de Derechos Humanos, el derecho a usar y gozar del territorio -que es inherente al derecho de propiedad- carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas, si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentren en el territorio<sup>423</sup>.

<sup>423</sup> CorteCIDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku c Ecuador. Fondo y Reparaciones*, Sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N°245, párr. 146.

## II. EL DERECHO AL USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES RENOVABLES

Aunque en la cosmovisión indígena los recursos naturales son parte de la tierra, han sido histórica y jurídicamente desvinculados de la tierra, y tratados aparte. Ahora bien el razonamiento jurídico estatal consiste en considerar los recursos naturales propiedad del Estado. En Bolivia, como en otros países latinoamericanos, el interés creciente por los recursos naturales conllevó el Estado a legislar al respecto y contemplarlo en la misma Constitución.

### 1. Propiedad de los recursos naturales

El Estado considera que los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país<sup>424</sup>. Esa razón queda afirmada en la Constitución para legitimar que el Estado conserve la propiedad de esos recursos, como lo demuestra lo establecido en el artículo 349.I de la Constitución del país, aunque lo haga a través de la figura del pueblo boliviano: *“Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo”*. El artículo 351 señala las modalidades de esa administración: *“el Estado, asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que podrán a su vez contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas”*.

Sin embargo, el artículo 349.I prevé una excepción aplicada a la tierra, considerada un recurso natural, y establece que el Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre ésta. Para los demás recursos naturales la propiedad seguirá siendo la del Estado, pero [los particulares o personas colectivas] podrán verse reconocidos y otorgados derechos de uso y aprovechamiento.

---

<sup>424</sup> Artículo 348 de la Constitución.

## 2. Contenido del derecho reconocido

Según el artículo 348.I de la Constitución, son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

Sin embargo se hace una distinción entre recursos naturales renovables y recursos naturales no renovables. Según el artículo 32 de la Ley de Medio Ambiente, los recursos renovables son los recursos bióticos, flora y fauna, y los abióticos como el agua, aire y suelo con una dinámica propia que les permite renovarse en el tiempo. En cuanto a los recursos no renovables, según el artículo 69 de la Ley de Medio Ambiente, se trata de aquellas sustancias que encontrándose en su estado natural originario no se renuevan y son susceptibles de agotarse cuantitativamente por efecto de la acción del hombre o fenómenos naturales; son los minerales metálicos y no metálicos, así como los hidrocarburos en sus diferentes estados.

El artículo 33 de la Ley de Medio Ambiente<sup>425</sup> garantiza el derecho de uso de los particulares sobre los recursos renovables, siempre que cumplan las leyes especiales que se dicten para cada recurso. El artículo 30.II.17 de la Constitución se refiere específicamente a los pueblos indígenas y les reconoce un derecho al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio (sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros). Cabe añadir que el artículo 3.II de la Ley INRA dispone que la propiedad colectiva otorgada por los títulos de TCO en favor de los pueblos y comunidades indígenas y originarias sobre sus tierras, conlleva el derecho a participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables existentes en ellas.

Siguiendo con esa identificación del derecho reconocido a los pueblos indígenas, es interesante referirse a la legislación en materia de recurso forestal y sobre el agua, reconocido como un derecho fundamental por la Constitución<sup>426</sup>, y por el cual lucharon los indígenas<sup>427</sup>. En efecto, el artículo 32.2 de la Ley Forestal<sup>428</sup>,

---

<sup>425</sup> Ley N°1333 de 27 de abril de 1992.

<sup>426</sup> Artículo 373.

<sup>427</sup> Entrevista con Rosa (“Bartolina Sisa”), supra.

<sup>428</sup> Ley N°1700 de 16 de julio de 1996.

reforzado por el artículo 388 de la Constitución<sup>429</sup>, reconoce a los pueblos indígenas la exclusividad en el aprovechamiento forestal en las tierras comunitarias de origen debidamente reconocidas, y garantiza el derecho, sin autorización previa, al uso tradicional y doméstico, con fines de subsistencia, de los recursos forestales por parte de los pueblos indígenas dentro de sus tierras forestales comunitarias de origen. Asimismo la Ley de Aguas<sup>430</sup>, en su artículo 50, reconoce el derecho al uso y aprovechamiento de las fuentes de agua para la prestación de los servicios de agua potable por parte de los pueblos indígenas y originarios. Además, según el artículo 374. II de la Constitución es deber del Estado reconocer, respetar, proteger los usos y costumbres de las comunidades, autoridades locales y organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.

Con relación a la gestión de los recursos naturales, cabe mencionar la constitución de áreas protegidas que pueden coincidir con un TIOC. La Ley de Medio Ambiente define las áreas protegidas como “áreas naturales con o sin intervención humana, declaradas bajo protección del Estado mediante disposiciones legales, con el propósito de proteger y conservar la flora y fauna silvestre, recursos genéticos, ecosistemas naturales, cuencas hidrográficas y valores de interés científico, estético, histórico, económico y social, con la finalidad de conservar y preservar el patrimonio natural y cultural del país”<sup>431</sup>. Se trata de parques nacionales, destinados a proteger los ecosistemas de flora y fauna para garantizar su sostenibilidad ecológica; áreas naturales de manejo integrado que tienen el doble objetivo de conservar la diversidad biológica y permitir el desarrollo de la población local; y las reservas de vida silvestre que tienen como finalidad proteger, manejar y utilizar de manera sostenible la vida silvestre<sup>432</sup>. La Constitución reconoce las áreas protegidas como un bien común, y en ese sentido forman parte del patrimonio natural y cultural del país, y cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> Artículo 388 de la Constitución : “Las comunidades indígena originario campesinas situadas dentro de áreas forestales serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley”.

<sup>430</sup> Ley N°2066 de 11 de abril de 2000, modificatoria a la Ley N°2029 de servicios de agua potable y alcantarillado.

<sup>431</sup> Artículo 60.

<sup>432</sup> Fundación TIERRA, J.P. CHUMACERO R. (coord.), Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama, Fundación TIERRA, La Paz, 2011, p. 128.

<sup>433</sup> Artículo 385.I.

Si nos fijamos en el artículo 92 de la Ley de Medio Ambiente, toda persona natural y colectiva tiene derecho a participar en la gestión ambiental, lo que incluye a los pueblos indígenas. Por otra parte, los artículos 62 y 64 facultan a las comunidades tradicionales y pueblos indígenas para participar en la administración de esas áreas, que pueden coincidir con su territorio, conforme a los objetivos de la conversación y sus planes de manejo. Por lo tanto, se entiende de manera implícita que los sistemas de gestión de los recursos naturales desarrollados por los pueblos indígenas tienden a ser sostenibles, y por ese motivo pueden participar en la gestión de las áreas protegidas declaradas en su territorio.

La Constitución consagra de forma explícita el derecho de los pueblos indígenas a participar en la gestión de las áreas protegidas al especificar en su artículo 385.II que “cuando haya sobreposición de las áreas protegidas y los territorios indígena originario campesino, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas”.

Aunque los pueblos indígenas se ven reconocidos derechos colectivos sobre los recursos naturales de su territorio, compartimos la opinión del jurista Mikel BERRAONDO LOPEZ, quién subraya que la distinción que se hace entre recursos naturales renovables y no renovables corresponde a divisiones ambientales artificiales<sup>434</sup>, que no se corresponden con la cosmovisión indígena, según la cual, como ya señalamos, los recursos conforman un todo integrado con la tierra. Algunos líderes indígenas explican su cosmovisión con una concepción tridimensional del territorio - lo que está arriba (el aire), lo que está abajo (lo que pisamos ; el suelo) y lo que está mas abajo (donde están los recursos naturales) – pero de ningún modo la cosmovisión indígena analiza en términos estratégicos, o tangibles/intangibles, renovables/no renovables<sup>435</sup>. Además esa distinción “divide los territorios indígenas en recursos del suelo y recursos del subsuelo y obstaculiza la defensa de sus

---

<sup>434</sup> M. BERRAONDO LÓPEZ, “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, En M. BERRAONDO LÓPEZ (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 473.

<sup>435</sup> Entrevistas con W. SOTO, Fundación TIERRA, en La Paz, el 23 de diciembre de 2011 ; y E. VEGA KAIPI, mujer kapana, en la Paz el 27 de diciembre de 2011.

territorios y la construcción de un cuerpo jurídico que proteja [a los pueblos indígenas] de injerencias externas en sus territorios”<sup>436</sup>.

Se hace particularmente manifiesto en relación con la explotación de los recursos naturales no renovables.

### **III. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA Y A LA PARTICIPACIÓN EN LOS BENEFICIOS**

Como lo señalamos antes, distinto es el caso de los denominados recursos no renovables que se definen como los minerales metálicos y no metálicos, así como los hidrocarburos en sus diferentes estados.

La propiedad estatal de los recursos no renovables ya estaba claramente establecida en la Ley de Medio Ambiente<sup>437</sup>, en su artículo 68 que dispone que pertenecen al dominio originario del Estado todos los recursos naturales no renovables, cualquiera sea su origen o forma de yacimiento, se encuentren en el subsuelo o suelo.

El artículo 352 de la Constitución plantea un principio general de consulta previa para la explotación de recursos naturales en un determinado territorio. Dicha explotación está sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que es libre, previa e informada.

Ese principio se convierte en uno de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en el artículo 30.II de la Constitución y se aplica, en particular, a los recursos naturales no renovables<sup>438</sup>.

Asimismo la Constitución, a través de su artículo 353, garantiza un acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales, con una participación prioritaria para los territorios donde se encuentren estos recursos, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Por otra

---

<sup>436</sup> M. BERRAONDO LÓPEZ, “Tierras y territorios...”, op. cit., p.73.

<sup>437</sup> Ley N°1333, supra.

<sup>438</sup> Artículo 30.II.15 : “[El derecho] A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a 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”.

parte, reconoce explícitamente como derecho de los pueblos indígenas: el derecho a la participación en los beneficios generados por la explotación de recursos<sup>439</sup>.

*¿Quid de los desarrollos normativos al respecto?*

## **A. Derecho a la consulta**

Los desarrollos normativos internos formales (los textos) que permiten precisar las condiciones de ejercicio de ese derecho solo se encuentran en la Ley de Hidrocarburos<sup>440</sup> y el Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas<sup>441</sup>. No se llegó a aprobar ninguna ley específica que rija el derecho a la consulta otorgado por la Constitución. Varias organizaciones, como la CIDOB, el CONAMAQ, una parte de la CSUTCB estuvieron trabajando en propuestas de ley, a nivel interno, y también de forma conjunta, inclusive con el apoyo de asociaciones de la sociedad civil<sup>442</sup>. El Pacto de Unidad llegó a una propuesta de un Anteproyecto de Ley marco, en agosto de 2013, debatido con el Gobierno, a raíz de los acontecimientos relacionados con el TIPNIS, que relataremos en los desarrollos relativos al ejercicio de ese derecho en la segunda parte. El Gobierno aprobó un Anteproyecto de Ley<sup>443</sup>, pero desconocemos el contenido del texto en su integralidad, por lo que solo haremos referencia a los aspectos conocidos.

Por otra parte, varios instrumentos jurídicos internacionales se refieren a ese derecho y establecen su ámbito de aplicación, así como las modalidades de su ejercicio (el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia<sup>444</sup>, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que tiene rango de ley en Bolivia<sup>445</sup>, y la jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos humanos). En todo caso, el hecho de que haya una carencia legislativa no debería

---

<sup>439</sup> Artículo 30.II.16.

<sup>440</sup> Ley N°3058 de 17 de mayo de 2005.

<sup>441</sup> DS N°29033 de 16 de Febrero de 2007.

<sup>442</sup> Entrevista con J. FERNÁNDEZ ESPEJO (Capítulo Boliviano de Derechos Humanos), supra.

<sup>443</sup> A. E. VARGAS, “Una Ley de Consulta Previa, Libre e Informada para Bolivia”, *La Razón* (En línea), *La Gaceta Jurídica*, 10 de septiembre de 2013. Consultado en 2013. Disponible en : [http://www.la-razon.com/suplementos/la\\_gaceta\\_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia\\_0\\_1904209654.html](http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia_0_1904209654.html)

<sup>444</sup> Ley N°1257 de 11 de julio de 1991, mediante la cual se aprueba y ratifica el Convenio 169 de la OIT (supra).

<sup>445</sup> Ley N°3760 mediante la cual se eleva a rango de Ley de la República la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, supra.

impedir que la consulta previa se convierta en una práctica. La dificultad es que en Bolivia no existe una cultura de la consulta previa<sup>446</sup>.

El ejercicio de ese derecho supone la intervención del Estado dado que la responsabilidad de llevar a cabo ese proceso recae en el Estado<sup>447</sup>. Más allá de ese requisito previo, el proceso de consulta debe responder, a varios requisitos que guardan relación con: el carácter obligatorio de su realización; el momento en que se hace la consulta; a quién se dirige y quién/cómo se toma la decisión; el contenido de la consulta; sus etapas; el carácter vinculante de su resultado/su finalidad.

## 1. Consulta obligatoria

El Derecho internacional establece varios casos de consulta obligatoria a los pueblos indígenas: 1. el traslado de las tierras que ocupan a otras tierras (artículo 16 del Convenio 169 de la OIT, artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas); 2. el depósito de materiales peligrosos en sus tierras (artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas); 3. la realización de actividades militares (artículo 30.2 de la Declaración de Naciones Unidas); 4. la implementación de proyectos de desarrollo de gran impacto en el modo de vida de los pueblos, en particular en relación con sus tierras y la explotación de recursos (artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Saramaka vs Surinam*<sup>448</sup>); 5. la adopción o aplicación de

---

<sup>446</sup> Entrevista con E. MULLUCUNDO, Defensor en la Defensoría del Pueblo, en La Paz, el 14 de diciembre de 2011.

<sup>447</sup> En Ley de Hidrocarburos se identifica como autoridades estatales competentes al Ministerio de Hidrocarburos, el Ministerio de Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos originarios.

<sup>448</sup> CorteIDH, *Caso del Pueblo de Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 133: “Al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones”.

<sup>449</sup> Recordemos que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Bolivia y que la Declaración de Naciones Unidas tiene rango de ley en Bolivia. Por otra parte, la jurisprudencia de la CorteIDH forma parte del bloque de constitucionalidad según lo expresado por el TCP en su sentencia 0110/2010-R de 10 de mayo de 2010, párr. III.3: “El Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad”.

medidas legislativas o administrativas que los afecten (artículo 6 del Convenio 169 de la OIT; artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas).

Por consiguiente, según el Derecho internacional, cuando se trata de explotación de recursos naturales en tierras indígenas, la consulta es obligatoria. Sin embargo, en la práctica las consultas no son sistemáticas<sup>450</sup>. A modo de ejemplo podemos citar el caso de la comunidad guaraní de Tentayape. El 20 de septiembre de 2010, Repsol anunció, en una asamblea que agrupaba a autoridades e indígenas guaraníes, funcionarios del Ministerio de Hidrocarburos y representantes de la empresa, el inicio de estudios de prospección 3D en los bloques Iñaño y otros ubicados en Igüembe, que en realidad se encuentran en la Tierra Comunitaria de Origen de Tentayape. Sin embargo, no se organizó ninguna consulta previa a la comunidad<sup>451</sup>.

## 2. Consulta previa

Las disposiciones constitucionales antes citadas se refieren a una consulta previa. ¿Qué se entiende por previo cuando se trata de planes de desarrollo o actividades de explotación de recursos en territorios indígenas? La Ley de Hidrocarburos contempla ese aspecto al precisar que las comunidades y pueblos deberán ser consultados de manera previa, obligatoria y oportuna cuando se pretenda desarrollar cualquier actividad hidrocarburífera prevista en la Ley<sup>452</sup>, y en todo caso en dos momentos: previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y, previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental<sup>453</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos insiste en que la consulta debe realizarse en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el

---

<sup>450</sup> Entrevistas con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra ; J. FERNÁNDEZ ESPEJO (Capítulo Boliviano de Derechos Humanos), supra.

<sup>451</sup> Periodistas por el cambio, “Repsol trata de invadir tierras comunitarias de Tentayape (Bolivia)”, OMAL (En línea), 2010. Consultado en 2012. Disponible en: [http://www.omal.info/www/article.php3?id\\_article=3346](http://www.omal.info/www/article.php3?id_article=3346)

<sup>452</sup> Artículo 114.

<sup>453</sup> Artículo 115.

caso. “El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”<sup>454</sup>.

En esa línea, cabe citar la sentencia constitucional 0300 de 18 de junio de 2012, en la que el Tribunal Constitucional Plurinacional recuerda que:

*“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”.*

Sin embargo, en la práctica, la primera consulta no suele organizarse en el momento de la ideación del proyecto, sino cuando ya hay un proyecto o cuando éste se está implementando<sup>455</sup>. En ese sentido, podemos citar el caso del TIPNIS, en el que como veremos, la consulta, omitida antes del inicio de un proyecto de obra pública (construcción de una carretera en territorio indígena), fue realizada después, tras suspender las obras. Dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada.

### **3. Consulta mediante procedimientos adecuados**

En la misma línea que la jurisprudencia de la Corte Interamericana<sup>456</sup> y los textos internacionales, la legislación boliviana establece que la consulta se debe hacer con el pueblo, a través de sus instituciones<sup>457</sup>, mediante procedimientos apropiados<sup>458</sup>, es decir respetando sus normas y procedimientos propios<sup>459</sup>, y teniendo en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones<sup>460</sup>.

---

<sup>454</sup> CorteIDH, *Caso Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 133.

<sup>455</sup> Entrevistas con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra; J. FERNÁNDEZ ESPEJO (Capítulo Boliviano de Derechos Humanos), supra.

<sup>456</sup> CorteIDH, *Caso Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 133.

<sup>457</sup> Artículo 30.II.15 de la Constitución.

<sup>458</sup> *Ibíd.*, y artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos.

<sup>459</sup> Artículo 352 de la Constitución.

<sup>460</sup> CorteIDH, *Caso Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 133.

Sin embargo, en la práctica no se cumple necesariamente. Suelen ser consultas generales y públicas<sup>461</sup>. En algunos casos, las autoridades consultadas no corresponden a las que representan al pueblo<sup>462</sup>. Retomemos el ejemplo de la comunidad guaraní de Tentayape<sup>463</sup>. En 2004, antes de empezar las actividades de prospección en el territorio de Tentayape, la empresa multinacional Repsol consultó a personas que no eran las autoridades comunales. Veremos que también se planteó esa dificultad durante la realización de la post-consulta del TIPNIS.

#### 4. Consulta informada y de buena fe

Los textos ya citados se refieren de forma explícita a una consulta “informada” y “de buena fe”. La Corte Interamericana es más explícita en cuanto al contenido y objetivo concreto de esa información en relación con planes de desarrollo o inversión: “asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”<sup>464</sup>.

¿Con qué medios se puede alcanzar dicho objetivo? La Corte señala que, en primer lugar, el Estado debe brindar la información y debe haber una comunicación constante entre las partes<sup>465</sup>. En segundo lugar, la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia, y 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, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales<sup>466</sup>. En tercer lugar, el proceso requiere de estudios de impacto, que permitan evaluar no solo el impacto ambiental de esos proyectos sino también social, económico y cultural a los pueblos

---

<sup>461</sup> Entrevista con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra.

<sup>462</sup> INTERMON OXFAM, “La industria extractiva: pozos negros para los Pueblos Indígenas”, INTERMON OXFAM (En línea), 2007. Consultado en 2012. Disponible en : <http://www.intermonoxfam.org/ca/node/2726>

<sup>463</sup> *Ibid.*

<sup>464</sup> CorteIDH, *Caso Saramaka c/ Surinam*, supra, párr. 133.

<sup>465</sup> CorteIDH, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador*, supra, párr. 208.

<sup>466</sup> *Íd.*, párr. 186.

indígenas, como lo prescribe el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT. Asimismo la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda incluir propuestas específicas de prevención y reparación medioambiental<sup>467</sup> (aspecto sobre el cual volveremos en el párrafo sobre derechos derivados de la consulta).

Ese requisito queda contemplado en la legislación boliviana a través de La Ley de Hidrocarburos y el Reglamento de consulta y participación<sup>468</sup>. El artículo 24 de la Ley de Medio Ambiente define el EEIA como el conjunto de procedimientos administrativos, estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de una determinada obra, actividad o proyecto puedan causar sobre el Medio Ambiente. Cuando se trata de proyectos que se desarrollan en territorios indígenas, el estudio de evaluación de impacto ambiental (EEIA) debe ser integral (son los EEIA analítico integral)<sup>469</sup>. En ese sentido debe incluir “la identificación de todos los impactos ambientales que pudieran afectar a la territorialidad, aspectos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígena originario y comunidades campesinos, en todas las etapas de la actividad hidrocarburífera<sup>470</sup>. A través de esos documentos, elaborados por la empresa operadora y un equipo de consultores multidisciplinario, se pretende identificar y evaluar los potenciales impactos positivos y negativos que pueda causar la implementación, y de forma mas amplia, el mantenimiento o el abandono de una actividad hidrocarburífera contemplada por la ley, con el fin de establecer las correspondientes medidas para evitar, mitigar o controlar aquellos que sean negativos e incentivar los positivos<sup>471</sup>. El EEIA incluye una Línea de base Socio Ambiental sobre la cual se va a desarrollar el proyecto, y que permite tener un diagnóstico de la situación antes de iniciar el proyecto, es un

---

<sup>467</sup> CorteIDH, Caso Cuatro comunidades Ngöbe y sus miembros, Resolución sobre las Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Panamá, 28 de mayo de 2010, párr. 18.

<sup>468</sup> DS N°29033, supra.

<sup>469</sup> Artículos 115 de la Ley de Hidrocarburos, supra, y 15 del Reglamento de consulta y participación, supra.

<sup>470</sup> Artículo 15 IV. a) del Reglamento de consulta y participación, supra.

<sup>471</sup> CEJIS, “Industrias extractivas: políticas y derechos”, *Artículo Primero. Revista de Debate social y jurídico*, CEJIS, Año 14, N°21, Santa Cruz, 2011, p.46. Disponible en : <http://cejis.org/publicaciones/articulo-primero/>

requisito previo a la obtención de la licencia ambiental (Declaración de Impacto Ambiental)<sup>472</sup>.

En el 2009, el Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el Sr. Rodolfo Stavenhagen<sup>473</sup>, tras su misión a Bolivia, llamaba la atención del Estado boliviano sobre la implementación de esa normativa, cuyas disposiciones son conforme a los estándares internacionales.

En la práctica, su aplicación es parcial. El Estado suele delegar esa competencia -organización de la consulta y realización del EEIA- a las mismas empresas que presentaron el proyecto<sup>474</sup>. Ahora bien, como lo recuerda la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia *Kichwa de Sarayaku*, la obligación de consultar es obligación del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta<sup>475</sup>. Por otra parte, la información contenida en la línea de base no es siempre rigurosa y no refleja bien la realidad (impactos infravalorados o sobrevalorados por ejemplo)<sup>476</sup>.

## 5. Etapas del proceso de consulta

Las etapas del proceso de consulta vienen detalladas en el artículo 9 del Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas. Cabe precisar que, según el artículo 7.I del mismo Reglamento, el proceso de consulta es financiado con cargo al proyecto, obra o actividad hidrocarburífera de que se trate.

En primer lugar, una vez recibida la propuesta de proyecto, la autoridad competente emite una convocatoria destinada a las instancias representativas de los pueblos susceptibles de ser afectadas (a nivel local, regional, departamental y

---

<sup>472</sup> Artículo 26 de la Ley de Medio Ambiente, supra; Artículo 3 del DS N°29103 de 23 de abril de 2007, Reglamento de Monitoreo Socio - Ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro el territorio de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas.

<sup>473</sup> Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. *Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, el Sr. R. Stavenhagen. Misión a Bolivia, A/HRC/11/11, 18 de febrero de 2009, párr. 43.

<sup>474</sup> Entrevistas con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra, y Ariel TERÁN, Enlace en Fortalecimiento Orgánico, CEJIS Regional La Paz, en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

<sup>475</sup> CorteIDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku c/ Ecuador, supra, párr. 187.

<sup>476</sup> *Ibíd.*

nacional) para concretar la celebración de una reunión informativa, adjuntando información sobre la actividad que se proyecta. En la reunión se presenta la actividad proporcionando información plena, oportuna, veraz y adecuada, elaborada por la empresa ejecutora. La instancia de representación local tiene entonces un plazo de diez días para formular, en coordinación con las instancias de los demás niveles de representación, una propuesta escrita de realización del proceso de consulta que incluya un plan metodológico, un cronograma con actividades comunitarias, talleres, reuniones y asambleas necesarios, la asesoría especializada requerida, y un presupuesto de los gastos generados para el proceso. Se fija una reunión para el análisis de la propuesta y posible contrapropuesta, con el propósito de suscribir un acta de entendimiento conforme al cual se va a ejecutar la consulta. La ejecución finaliza con un acuerdo conjunto y la firma de un convenio de validación.

A lo largo del proceso, los pueblos afectados pueden recibir apoyo técnico, en particular a través del Monitoreo Socio Ambiental establecido por la Ley de Hidrocarburos<sup>477</sup> y regido por un reglamento específico<sup>478</sup>. Es financiado por la empresa, que debe depositar un fondo para ello en una cuenta del Ministerio (un monto equivalente hasta el 0,5% de la inversión total en las actividades hidrocarburíferas y de las inversiones adicionales posteriores)<sup>479</sup>. Da a los pueblos afectados la posibilidad de obtener explicaciones técnicas sobre los documentos informativos transmitidos por la empresa y los estudios de impacto. Para realizar el

---

<sup>477</sup> Artículo 131 de la Ley de Hidrocarburos : “Cada área bajo Contrato Petrolero tendrá un Comité de Monitoreo Socio-Ambiental de Área, compuesto de un representante de cada sección municipal cubierta por el área, dos representantes de las comunidades indígenas y un representante del Titular, para evaluar los posibles impactos socio-económicos producidos a nivel local, y en TCO e implementar acciones que potencien los impactos positivos y mitiguen los impactos negativos de la actividad hidrocarburífera en dicha área.

Cuando en el Comité de Monitoreo Socio-Ambiental de Área no se arriben a acuerdos, cualquiera de las partes podrá recurrir en apelación al Comité de Monitoreo Socio-Ambiental Nacional, quien determinara sobre las mitigaciones que deban aplicarse.

Se crea el Comité de Monitoreo Socio-Ambiental Nacional que estará conformado por el Ministerio de Hidrocarburos, Ministerio de Desarrollo Sostenible, Ministerio de Participación Popular, organismo administrador y fiscalizador YPFB y un representante de los pueblos indígenas, para evaluar y dictaminar como instancia final sobre los impactos socio-económicos en poblaciones indígenas producidos por las Actividades Petroleras.

La información, consulta y participación del pueblo y comunidad indígena, afectando por una Actividad, Obra o Proyecto (AOP) dentro de su Tierra Comunitaria de Origen (TCO), son obligatorias durante el proceso de elaboración del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental (EEIA), conforme a las disposiciones de la Ley N° 1257 [...]”.

<sup>478</sup> Reglamento de Monitoreo Socio - Ambiental, supra.

<sup>479</sup> Artículo 5 del Reglamento de Monitoreo Socio-Ambiental, supra. En la práctica, la gestión administrativa vinculada a la financiación y ejecución del Monitoreo Socio-Ambiental, puede ser lenta y demorar el proceso. Véanse K. FERNÁNDEZ MONTAÑO y D.V. ILLANES VELARDE, *En busca de la tierra sin mal. Los derechos indígenas en territorios guaraní, PIEB*, Santa Cruz, 2010, p.87.

Monitoreo Socio Ambiental, los monitores tienen derecho a acceder a las instalaciones y a las áreas de influencia de actividades hidrocarburíferas<sup>480</sup>, lo que les permite llevar a cabo inspecciones de campo.

Ese procedimiento permite también cumplir con el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT que dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en todas las fases de los planes y programas susceptibles de afectarles directamente: la formulación, la aplicación y la evaluación.

## 6. Consentimiento

Todos los supuestos contemplados por la Declaración de Naciones Unidas establecen que el objetivo de la consulta es lograr el consentimiento del pueblo afectado, por lo tanto significa que el resultado de la consulta debe ser vinculante.

En cuanto al Convenio 169 de la OIT, si bien es así para los casos de traslado de la población no queda claro para los casos de proyectos de desarrollo y actividades de explotación de recursos en territorios indígenas, ya que el artículo 15 no lo especifica. Nos podemos referir entonces al artículo 6, de aplicación general, que establece que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia aclaró que en los casos de 1. traslado de las tierras que ocupan a otras; 2. depósito de materiales peligrosos en sus tierras; y 3. implementación de proyectos de desarrollo de gran impacto en el modo de vida de los pueblos, el consentimiento constituye la finalidad de la consulta (y un derecho en los dos primeros), y que para implementar los proyectos de esos tres supuestos se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos supuestos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto<sup>481</sup>.

En la práctica, se tiende a optar por el acuerdo, y considerar que el resultado de la consulta no es vinculante<sup>482</sup>. Si no se logra el consentimiento, ni se llega a un acuerdo, el Gobierno sigue adelante con el proyecto pero adopta medidas para no vulnerar los derechos de los pueblos indígenas bajo su responsabilidad<sup>483</sup>. El carácter vinculante es clave para que ese derecho alcance su objetivo. Este aspecto ha sido central en los debates entorno a un Anteproyecto de Ley marco sobre la consulta

---

<sup>480</sup> Artículo 7 del Reglamento de Monitoreo Socio-Ambiental, supra.

<sup>481</sup> SC 2003/2010-R de 25 de octubre de 2010, párr. III.5.

<sup>482</sup> Entrevista con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra.

<sup>483</sup> *Ibíd.*

antes mencionado. Fue una de las principales reivindicación de los pueblos indígenas y también punto de desacuerdo con el Gobierno. Parece ser que se quedó en un “derecho de veto” de los pueblos indígenas en tres casos<sup>484</sup>: cuando se prevea el traslado o la reubicación de comunidades, la instalación de bases militares y de depósito de residuos nucleares y desechos tóxicos en sus territorios. Sin embargo, en el caso de la ejecución de proyectos extractivos y de desarrollo en sus regiones, el Gobierno tendría la última palabra si no se lograra el consentimiento de los indígenas.

Podemos concluir que más que una consulta se trata de un derecho de los pueblos indígenas a participar en la utilización y administración de dichos recursos, como lo promueve el Convenio 169 de la OIT<sup>485</sup>, así como ejercer un control, gracias al Monitoreo Socio Ambiental, sobre las actividades que las empresas van a llevar a cabo, y denunciar posibles infracciones o contingencias. El Reglamento de la Ley de Hidrocarburos de hecho se llama de “consulta y participación”.

Aunque el Derecho interno boliviano cuenta con disposiciones que rigen la consulta, queda restringido al ámbito de los hidrocarburos, y además falla en su aplicación. De ahí los esfuerzos de los pueblos indígenas por la aprobación de un texto específico sobre el ejercicio del derecho a la consulta. No obstante, esos esfuerzos tropiezan con la voluntad del Gobierno de limitar ese derecho, como parece demostrarlo el Anteproyecto de Ley sobre la consulta, que excluye de la consulta ciertas materias que podrían llegar a tener impacto para los pueblos indígenas, y establece un derecho de veto restringido a algunos casos.

## **B. Derecho a la participación en los beneficios y otros derechos derivados de la consulta**

El interés de la consulta radica también en la posibilidad de contemplar por un lado, la participación de los pueblos indígenas en los beneficios generados por un proyecto implantado en su territorio, y por otro lado, la prevención de los daños potenciales o la reparación cuando llegan a producirse.

El derecho a la participación en los beneficios generados por un proyecto de explotación de recursos en territorios indígenas está contemplado en la Constitución y

---

<sup>484</sup> A.E. Vargas, “Una Ley de Consulta Previa, Libre e Informada para Bolivia”, op. cit.

<sup>485</sup> Artículo 15.

en el artículo 15.II del Convenio 169 de la OIT. No obstante, no ha sido objeto de desarrollo normativo formal en Bolivia. Existen varias propuestas de las organizaciones indígenas para exigir ese derecho. Por otra parte, como ya hemos dicho ese vacío legal no exime al Estado cumplir con esa disposición prevista por el Convenio 169, que ratificó.

Más allá del derecho a participar en los beneficios, la implantación de un proyecto puede acarrear efectos negativos y perjudiciales para los indígenas que viven en el territorio o para el Medio Ambiente. Como antes indicado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda incluir propuestas específicas de prevención y reparación medioambiental<sup>486</sup> en los estudios de impacto. Sin perjuicio de la adopción de medidas preventivas, los pueblos indígenas tienen derecho a percibir una indemnización si sufren un daño a causa de las actividades desarrolladas.

En efecto, el artículo 15.II del Convenio 169 prevé que los pueblos indígenas perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de prospección o explotación de los recursos. La ley de Hidrocarburos no lo presenta como un derecho de los pueblos, sino como una consecuencia, una obligación implícita, por la fórmula, sin dejar muy explícito que corresponde a la empresa ejecutora: *“se procederá a indemnizar a los pueblos afectados por daños y perjuicios emergentes de las actividades, obras o proyectos hidrocarburíferos que afecten a sus tierras”*, entre otros *“los derivados de la pérdida de beneficios por actividades productivas, de conocimientos tradicionales y/o aprovechamiento de recursos naturales que los pueblos pudieran desarrollar en las zonas impactadas”*<sup>487</sup>. Si lo planteamos en términos de derecho, su aplicación, es decir su ejercicio, es individual porque se indemniza a cada familia o propietario afectado.

Distinto es si llegase a producirse un impacto socio ambiental negativo, calificable de directo, acumulado y a largo plazo. En este caso, los titulares de las actividades, es decir las empresas ejecutoras, deben compensarlo financieramente<sup>488</sup>, tomando como base el EEIA y otros medios que permitan valorar los daños no cuantificables. La misma empresa lleva a cabo un proceso de negociación con el

---

<sup>486</sup> CorteCIDH, Caso Cuatro comunidades Ngöbe y sus miembros, supra, párr. 18.

<sup>487</sup> Artículo 120.

<sup>488</sup> Artículo 119.

pueblo evaluando la magnitud de los impactos socioambientales y determinando los que son mitigables y los que no lo son, debiendo ser esos últimos compensados económicamente<sup>489</sup>. Por ejemplo, si las actividades generan contaminación acústica se puede mitigar el impacto usando silenciadores en las máquinas<sup>490</sup>. En cambio, si se produce una migración de algunas especies de fauna silvestres, que además constituyen un recurso para las comunidades, entonces es difícil medir la magnitud del impacto y no se puede mitigar, por lo tanto la forma de la compensación será económica. También se compensa económicamente la constitución de una servidumbre en una tierra indígena para el paso de camiones<sup>491</sup>. En ese supuesto estamos frente a una aplicación colectiva del derecho. Sin embargo, en la práctica, no parecen aplicarse como deberían.

Por consiguiente, como derechos colectivos, derivados de la consulta, observamos un derecho de los pueblos indígenas a participar en los beneficios generados por las actividades desarrolladas en su territorio, y otro a la indemnización por los daños, cuyo ejercicio puede ser individual o colectivo según el caso.

El caso del TIPNIS, en el que nos detendremos en la segunda parte, pone de manifiesto la paradoja y contradicción en el discurso del actual Gobierno. A pesar del discurso a favor de los derechos indígenas y la protección de la Madre Tierra, las políticas públicas de desarrollo siguen influenciadas por el neoliberalismo, que es contrario a los valores defendidas por los pueblos indígenas, y parecen responder a una lógica extractivista<sup>492</sup>. Por otra parte, los planes de desarrollo están basados en un sistema económico que no se adecua con los sistemas económicos promovidos por los indígenas, en particular en cuanto a la explotación de la tierra<sup>493</sup>, y en una política de ocupación del territorio nacional hacia una mejor distribución de la población que tiene incidencias en las relaciones entre grupos.

---

<sup>489</sup> Véanse página web del CEJIS, sección “Hidrocarburos – servidumbres/compensaciones e indemnizaciones” : <http://www.cejis.org/taxonomy/term/35>. Consultada en 2012.

<sup>490</sup> *Ibíd.*

<sup>491</sup> *Ibíd.*

<sup>492</sup> Entrevistas con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), *supra*, A.TEJAN, *supra*, y J. FERNÁNDEZ ESPEJO (Capítulo Boliviano de Derechos Humanos), *supra*.

<sup>493</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI, *supra*.

#### **IV. LA FACULTAD DE APLICAR SUS NORMAS PROPIAS, ADMINISTRADAS POR SUS ESTRUCTURAS DE REPRESENTACION Y LA DEFINICION DE SU DESARROLLO**

Nos parece que ese componente del derecho al territorio guarda relación por un lado, con el autogobierno, como resultado de un proceso de autonomía, y por otro lado, con la gestión territorial.

Esos derechos cobran mayor efectividad en el marco de las autonomías, que son unidades territoriales, cuya regulación procede de la Ley N°31, Ley marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibañez”, de 19 de julio de 2010.

##### **A. Autogobierno**

Cabe asociar el artículo 403 de la Constitución con los artículos 30. II.14, 179.I y 190.I que reconocen el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, y establece una jurisdicción propia, la cual analizaremos mas adelante. Se entiende aquí toda la importancia del territorio, al constituir éste el espacio en el que se pueden ejercer esas competencias.

La forma con mayor grado de autonomía en el ejercicio de esas competencias es la figura legal de la autonomía. Ésta corresponde a una unidad territorial que puede ser un departamento, una provincia, un municipio, o un TIOC<sup>494</sup>.

Los pueblos indígenas tienen dos vías de acceso a la autonomía indígena originaria: mediante la conversión de un o varios municipios, considerados territorio ancestral actualmente habitado por el pueblo, o mediante la conversión de un TIOC.

La autonomía indígena originario campesina se caracteriza por el autogobierno, entendido por la Constitución como el ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos<sup>495</sup>, cuya

---

<sup>494</sup> Artículo 6.1 de la Ley Andrés Ibañez.

<sup>495</sup> Ese derecho tiene su origen en el derecho internacional. Inicialmente destinado a la adquisición de soberanía política y constitución de un Estado nuevo, por parte de pueblos dependientes (por colonialismo, ocupación extranjera, régimen racista, violación grave por el Estado de sus obligaciones hacia el pueblo), se fue abriendo con el tiempo hacia una concepción mas amplia para aplicarse a pueblos diferenciados en el seno de un Estado y darles la oportunidad de participar en condiciones de libertad e igualdad, en la creación de las instituciones del Estado en el que viven y desenvolverse bajo un marco político que les permita tener un control permanente sobre su propio destino. En otras

población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias<sup>496</sup>, de acuerdo a sus normas instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias. El autogobierno significa que la ciudadanía tiene el derecho a dotarse de su propia institucionalidad gubernativa, y elegir directamente a sus autoridades en el marco de la autonomía reconocida por la Constitución<sup>497</sup>.

Por lo tanto, la constitución de una autonomía indígena es una forma de ejercer el derecho a la libre determinación reconocido en el artículo 30.II.4 de la Constitución y conseguir un grado mayor de autonomía. Los guaraní consideran esa autonomía “fundamental y prioritaria para el ejercicio auténtico de los derechos”<sup>498</sup>.

Sin embargo, el proceso de conversión es largo y complejo. En primer lugar, si la conversión se hace via TIOC, el proceso es mas largo: al ser propiedad colectiva agraria, titulada a nombre de los pueblos indígenas originario campesinos, los límites de los TIOC se establecen sin necesidad de que se ajusten a las unidades territoriales existentes por la ley (departamentos, provincias y municipios), por lo que la conversión puede exigir, además del paso previo de saneamiento TIOC, contrastar los límites de los TIOC con los departamentos y municipios<sup>499</sup> (por ejemplo si un TIOC está titulado en dos departamentos debe dividirse en dos para la conformación de la autonomía indígena originario campesina y luego mancomunarse<sup>500</sup>). La conversión por vía municipal, mas sencilla en comparación con la otra, no deja de responder a un proceso largo con varias etapas: 1. Certificación de territorio ancestral; 2. Referendum de acceso a la autonomía; 3. Elaboración del estatuto autonómico indígena originario campesino; 4. Control de constitucionalidad; 5. Últimos ajustes; 6. Referendum

---

palabras, crea la obligación para el Estado de generar al interior de sus fronteras, marcos de participación democráticos que favorezcan la libre decisión y garanticen el libre desenvolvimiento de las sociedades que conviven en sus países, siempre desde su propia realidad específica y culturalmente particularizada, y que en el caso de los pueblos indígenas significa la implementación de estructuras autónomas al interior de los Estados que aseguren sus derechos específicos tanto individuales como colectivos desde sus características distintivas. Véanse J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p.169 ; y J.D. OLIVA MARTINEZ, D. BLÁSQUEZ MARTÍN, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, PUV Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 238.

<sup>496</sup> Artículo 289 de la Constitución.

<sup>497</sup> Artículo 5.6 de la Ley Andrés Ibáñez.

<sup>498</sup> K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal...*, op. cit., p. 108.

<sup>499</sup> Fundación TIERRA, *Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama*, op. cit., p. 88. Por ejemplo, la región del chaco está subdividida en tres departamentos (Santa Cruz, Tarija y Chuquisaca) en los cuales está presente el pueblo guaraní. Véanse K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal...*, op.cit., p. 94.

<sup>500</sup> Artículo 29 de la Ley.

probatorio; 7. Aprobación y vigencia de los estatutos; 8. Convocatoria a elecciones; 9. Conformación del gobierno autonómico indígena originario campesino<sup>501</sup>. Por otra parte, el territorio municipal suele ser inferior al del TIOC<sup>502</sup>. La expresión de la voluntad de los habitantes no es suficiente, como ocurre en el caso de las autonomías departamentales, sino que se exigen varios requisitos adicionales.

En relación con el estatuto debe contemplar los siguientes aspectos: elección de autoridades, uso de recursos económicos, administración de los recursos naturales renovables existentes en la zona y desarrollo rural. Si bien el estatuto se elabora conforme a las normas propias de la comunidad o del pueblo, está supervisado por el Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático del Ministerio de Autonomías y sometido a un control de constitucionalidad. En la actualidad once municipios están en conversión de autonomía indígena originaria. El avance de los estatutos autonómicos se hace público mediante la página web del Ministerio de Autonomías<sup>503</sup>.

Se entiende que para ser eficaz ese proceso requiere tener previamente un territorio consolidado.

En cualquier caso, sea Territorio indígena originario campesino, o autonomía indígena, el territorio tiene un valor jurídico y permite a los pueblos indígenas aplicar sus prácticas y costumbres<sup>504</sup>, a través de sus instituciones<sup>505</sup> (con el límite de su conformidad con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución<sup>506</sup>).

## **B. Gestión territorial**

El derecho a definir su desarrollo cobra toda su efectividad en el marco de las autonomías indígenas. En efecto, la lectura combinada del artículo 8.1 de la Ley de Autonomías y del artículo 304.I.2 de la Constitución indica que la función de la autonomía indígena es impulsar el desarrollo integral como naciones y pueblos, así como la gestión de su territorio, a través de la definición y gestión de formas propias

---

<sup>501</sup> Informe interno de la Dirección General de Autonomía Indígena Originaria Campesina del Vice-Ministerio de Autonomía Indígena Originaria Campesina y Organización Territorial, 2011, p.2. Documento facilitado por M. HIERBAS, Jefa de Unidad de Gestión Territorial de esa Dirección, entrevistada en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

<sup>502</sup> Entrevista con D. DIAZ (CEJIS), supra.

<sup>503</sup> <http://www.autonomia.gob.bo/portal3/>

<sup>504</sup> Artículo 30. II. 2. de la Constitución.

<sup>505</sup> Artículo 30. II. 5. de la Constitución.

<sup>506</sup> Artículo 190. II. de la Constitución.

de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión.

Sin embargo, nos parece que, fuera del marco de la autonomía indígena, la Constitución otorga un derecho a los pueblos indígenas que tiene relación directa con la definición de su desarrollo, que es el derecho a la gestión territorial indígena<sup>507</sup>. Según la CIDOB, es “el proceso por el cual las organizaciones indígenas, dueñas de su territorio, lo gestionan de manera participativa y en consenso entre diversas comunidades, ejecutando sus decisiones con el fin de mejorar su calidad de vida de acuerdo a sus valores culturales”<sup>508</sup>.

¿Qué es lo que implica la gestión territorial? Por un lado, remite a la gestión de la tierra y por otro a la gestión de los recursos naturales<sup>509</sup>. Por gestión de la tierra se entiende las modalidades de acceso a la tierra dentro del territorio colectivo (propiedad, usufructo, herencia, transacciones con la tierra), y de conservación de ese acceso, los mecanismos y prácticas de gestión de los conflictos de linderos internos, la regulación del uso de la tierra (colectiva, individual), la planificación, y el cumplimiento de la función social<sup>510</sup>. La gestión de los recursos naturales se refiere más específicamente a las reglas internas de uso de los recursos y a los modos de producción y cultivos agropecuarios (veremos cuales son esas reglas según las comunidades, en el siguiente título).

Como lo señala la investigadora Alicia TEJADA OSCURO, al contribuir a la revitalización de las culturas indígenas, los mitos y las creencias no pueden ser ausentes de cualquier estrategia de gestión territorial por su gran valor para el pueblo que habita [desde antes de la colonia] un territorio<sup>511</sup>. Las comunidades indígenas, originarias y campesinas cuentan con mecanismos y prácticas positivas de gestión territorial y de resolución de conflictos basados en normativas tradicionales propias<sup>512</sup>. Las normativas internas no son estáticas y se actualizan permanentemente en las

---

<sup>507</sup> Artículo 30.II.17.

<sup>508</sup> CIDOB, *Cartilla de Gestión Territorial Indígena CIDOB-GTI*, CIDOB, Santa Cruz, 2008, p.7. Disponible en: <http://www.cidob-bo.org/gti/Cartilla%20GTI.pdf>

<sup>509</sup> M. DEVISSHER, “Gestión territorial indígena originaria campesina en Bolivia”, En Consultora sur, *Hablemos de tierras...*, op. cit., pp. 99-123.

<sup>510</sup> *Ibíd.*

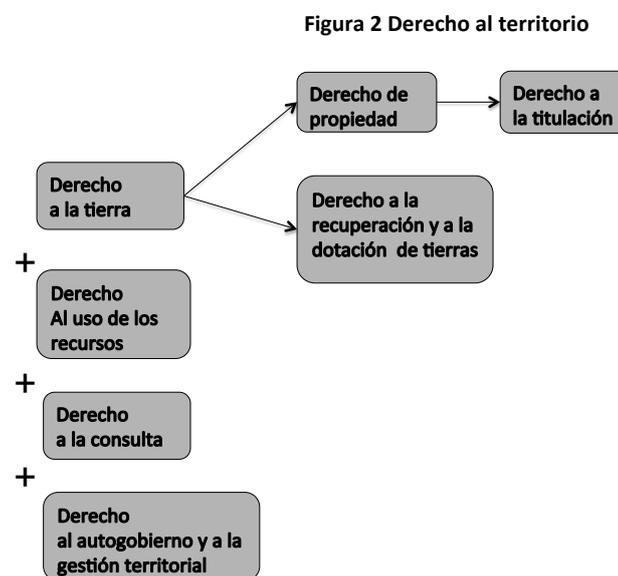
<sup>511</sup> A. TEJADA OSCURO, “Gestión de tierra y territorio en el Territorio Indígena Originario Campesino Gwarayú”, En Consultora Sur, *Hablemos de tierras...*, op. cit., p.183.

<sup>512</sup> M. DEVISSHER, op. cit., p.120.

reuniones y asambleas<sup>513</sup>. Son pocas, sin embargo, las comunidades que tienen incorporadas sus reglas internas de gestión territorial en sus estatutos<sup>514</sup>.

De lo anterior podemos concluir que la gestión territorial guarda relación con el derecho de propiedad, ya que con ésta se elaboran estrategias que permiten ejercer mejor el derecho de propiedad<sup>515</sup>.

Así pues, el derecho al territorio coge forma a través de una serie de derechos complementarios que le dan sentido, y podemos sintetizar con la siguiente figura.



La influencia de los pueblos indígenas en la aparición y definición de esos derechos está clara. Las concepciones indígenas aportadas (tierra-territorio, ancestralidad, uso cultural de la tierra) a conceptos que no son propios de la cultura indígena (propiedad), los transforman (función social de la propiedad, uso tradicional de la tierra) e incluso permiten crear nuevos derechos (el derecho a la titulación de tierras, el derecho a la recuperación y dotación de tierras, el derecho a la gestión territorial, el derecho al autogobierno, el derecho al uso de los recursos naturales, el

<sup>513</sup> *Ibíd.*

<sup>514</sup> *Ibíd.*

<sup>515</sup> Aspecto particularmente valorado por la Fundación TIERRA, que trabaja en la elaboración de sistemas de gestión territorial con las comunidades. Entrevista con W. SOTO (Fundación TIERRA), *supra*.

derecho a la consulta previa). Sin embargo esa influencia se ve frenada por consideraciones políticas, así como conflictos socioculturales.

El análisis llevado a cabo en ese primer título, nos proporciona elementos de respuesta a nuestra pregunta sobre la definición de derecho colectivo. En efecto, si nos basamos en el derecho de propiedad colectiva, el titular es colectivo, es el pueblo o la comunidad indígena, su función es la satisfacción de necesidades básicas colectivas que podemos sintetizar como la autonomía y el autodesarrollo, así como la protección de un bien colectivo, el territorio, entendido como tierra y recursos naturales. Los desarrollos posteriores nos permitirán afinar nuestra definición, en particular determinar las modalidades de ejercicio del derecho colectivo.

Por otra parte, podemos señalar que muchos de los derechos y obligaciones establecidos en la Constitución no están concretados aun en leyes y reglamentos. Aunque en algunos casos no impide su aplicación (por ejemplo la consulta previa puede ser practicada de manera automática por el Estado) constituye un obstáculo, entre otros, a su efectividad, y puede servir de pretexto para la no aplicación de los derechos reconocidos. En todo caso, la creación simbólica de un derecho a través de instrumentos teóricos como lo son los textos legales, nunca es suficiente para la creación de ese derecho. Esta requiere también de su realización, y es lo que vamos a abordar ahora.

## **TÍTULO II. INFLUENCIA DE LAS CULTURAS INDÍGENAS MEDIANTE LA REALIZACION PRÁCTICA DE LOS DERECHOS**

La realización práctica de un derecho<sup>516</sup> depende de la iniciativa y la espontaneidad de los particulares<sup>517</sup>, es decir su ejercicio o movilización, y pasa por la defensa de los derechos concretos<sup>518</sup>, cuando se ven amenazados -que la amenaza sea real o potencial- y por su reivindicación cuando no está reconocido o no está siendo aplicado por el Estado.

Por ese motivo, nos conviene estudiar de qué manera los indígenas ejercen los derechos antes descritos, reconocidos y creados simbólicamente (capítulo I). La movilización puede surgir en el marco de un conflicto, lo que merece también ser analizado (capítulo II). Por último, en relación con la defensa de los derechos, pudimos observar en los desarrollos anteriores que los indígenas ponían en marcha verdaderas estrategias de lucha reivindicativa para exigir el reconocimiento de un derecho, su aplicación o modificación (captítulo III).

---

<sup>516</sup> R. V. JHERING, *La lutte pour le droit*, op. cit., p. 54.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>518</sup> *Ibid.*

## **CAPÍTULO I. EJERCICIO DE LOS DERECHOS**

Nos basaremos en lo destacado en el primer título: el derecho al territorio, como derecho colectivo de los pueblos indígenas por un lado (I), y los derechos de la Madre Tierra por otro (II).

### **I. EJERCICIO DEL DERECHO AL TERRITORIO**

A la hora de hablar de ejercicio del derecho al territorio, dados los componentes antes descritos, cabe preguntarnos por: las demandas de titulación de tierras (¿los indígenas solicitan la aplicación del derecho a la titulación?, ¿Cómo se lleva a cabo en la práctica?); las modalidades de acceso a la tierra y su distribución; las formas de uso de los recursos; y el posible reclamo de la organización de consultas previas, libres e informadas, así como sus condiciones de ejercicio.

#### **A. Demandas de titulación**

En términos generales, desde el inicio del proceso de saneamiento en 1996 y hasta el 2009, se saneó y tituló el 38,7 % de la superficie objeto del saneamiento<sup>519</sup> (unos 40.850.533 de hectáreas)<sup>520</sup>; más de los tres cuartos a partir de 2006<sup>521</sup>. Como dato adicional, podemos indicar que, en el 2011, un 3% del total de las titulaciones estaba titulado a nombre de una personalidad jurídica, el 26% a nombre del varón, 15% a nombre de la mujer y 56% en copropiedad a nombre de la mujer y del varón (pareja), con entrega del documento a la mujer (debido a la aplicación del principio consitucional de igualdad en la distribución, administración, tenencia y aprovechamiento de la tierra)<sup>522</sup>. Según un estudio publicado por la Fundación Tierra en el 2011, con relación al saneamiento TIOC, entre 1996 y 2010 el INRA admitió a

---

<sup>519</sup> INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p. 55.

<sup>520</sup> La superficie de Bolivia es de 109.858.100 de hectáreas, descontando los cuerpos de agua y los núcleos urbanos. La superficie objeto de saneamiento, establecida por ley es de 106.751.100 de hectáreas. INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p. 44.

<sup>521</sup> Entrevista con J. F. TAPIA GARCÍA (INRA), supra.

<sup>522</sup> *Ibíd.*

trámite doscientos cincuenta y ocho (258) solicitudes de TIOC<sup>523</sup>. Des esos territorios demandados, ciento noventa (190) llegaron a ser saneados y titulados, según el siguiente desglose por subregiones<sup>524</sup> (las sesenta y ocho restantes estaban en proceso).

En el Altiplano, las demandas no se hicieron al principio del proceso, y constituían, en el 2011, el mayor número de demandas en curso, asciendiendo a sesenta y seis (66). De esas demandas de TIOC, treinta y cinco (35) fueron tituladas y diecisiete (17) estaban en proceso. En algunos casos, el saneamiento no se había iniciado o tardaba en iniciarse, o bien por falta de financiamiento del INRA, o bien por desacuerdos dentro del TIOC entre comunidades y ayllus solicitantes (cuando por ejemplo algunos miembros de la comunidad no querían anular su derecho familiar o individual para acogerse al título colectivo).

En los Valles Interandinos, hubo un total de ciento treinta y dos (132) demandas, que versaban sobre una extensión reducida, principalmente en el norte y sur del departamento de Potosí. De esas demandas de TIOC, (cien uno) 101 fueron titulados y veintidos (22) estaban en proceso. Las superficies de territorio no son muy extensas por voluntad de los solicitantes por consolidar los límites intercomunales e interayllus antes que las unidades territoriales mayores. Entre los factores que obstaculizaron el avance del proceso están la alta densidad poblacional y los conflictos por límites de larga data.

La Amazonía Norte cuenta con el primer departamento, Pando, en tener concluido el saneamiento, con un peso importante de titulación colectiva de comunidades campesinas. A pesar de que la mayor parte de la superficie fue titulada (con siete demandas), la finalización del saneamiento seguía pendiente para cinco TIOC, debido a la existencia de áreas en proceso donde se identificaron propiedades a favor de terceros.

En la Amazonía Sur, hubo siete demandas de TIOC, y todos llegaron a ser titulados, pero no todos se corresponden con los territorios demandados. Por ejemplo en Takana I, solo la mitad del territorio demandado fue consolidada, porque los espacios restantes fueron titulados como tierras de comunidades interculturales, o tierras fiscales cuando eran concesiones forestales. Pílon Lajas tiene doble estatuto:

---

<sup>523</sup> Fundación TIERRA, Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama, op. cit., p. 46.

<sup>524</sup> Los datos indicados a continuación proceden del informe de la Fundación TIERRA antes citado, publicado en el 2011, op. cit. pp. 48ss.

área protegida y TIOC. En el TIOC Lecos de Apolo, la parte titulada es parte del Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Madidi, y la superficie restante estaba todavía en proceso de saneamiento con conflictos entre comunidades indígenas y comunidades campesinas colindantes.

Iténez-Mamoré conocía una situación generalizada de sobreposición de derechos entre pueblos indígenas y terceros, principalmente ganaderos, quienes tienen la posibilidad de consolidar sus derechos de propiedad dentro de los TIOC demandados.

El Chapare-Moxos se caracteriza por tener uno de los TIOC más extensos del país, el TIPNIS. Una parte del territorio fue saneada a favor de comunidades campesinas del Chapare. La población creciente de esas comunidades provoca conflictos en el lindero que separa los áreas, por la presión demográfica y la existencia de asentamientos ilegales en el área protegida del TIPNIS. En esa subregión el 83% de las demandas fue titulado como propiedad colectiva.

En Chiquitanía, se encuentran los dos primeros TIOC titulados: los TIOC ayoreos Santa Fe y Ricón del Tigre, que fueron titulados en 1999. Son también dos de los TIOC más extensos del país y de Santa Cruz. Hubo doce (12) demandas de TIOC, con la mitad en territorios donde no estaban asentadas las comunidades, por necesidad de consolidar áreas para el futuro y acceder a recursos naturales del bosque. De esas doce (12) demandas faltaban dos (2) por ser tituladas. Para la mitad de los diez (10) TIOC titulados, la superficie titulada fue inferior a la demanda (en algunos casos en un 50%), por consolidarse a favor de terceros o tierras fiscales.

En el Chaco, dieciocho (18) TIOC fueron demandados. En la mayor parte de los territorios demandados fueron identificadas tierras de terceros que llegaron a consolidarse o estaban en proceso. Esta situación se debe a que la región se caracteriza históricamente por la formación de haciendas con el empatronamiento de los guaraní desde el siglo XIX, la migración de poblaciones de los Valles en el siglo XX, llevando consigo una presencia importante de terceros.

Según un estudio más reciente de la Fundación Tierra<sup>525</sup>, entre 1953 y 1992, los medianos propietarios y empresarios agropecuarios poseían 39,24 millones de hectáreas, mientras que pequeños dueños y miembros de predios comunitarios tenían

---

<sup>525</sup> Fundación TIERRA, *Tierra-Territorio. Gestión territorial y de conflictos*. Editorial Tupac Katari, Sucre, 2013, p. 12.

solamente 17,16 millones de hectáreas. No obstante, actualmente (hasta junio de 2012), según el INRA, los indígenas de tierras bajas poseen 13,18 millones de hectáreas; los originarios de tierras altas, un total de 10,06 millones de hectáreas; los campesinos e interculturales, 13,77 millones; y los empresarios, 4,40 millones. Por otra parte, fueron declaradas como tierras fiscales disponibles y no disponibles un total de 23,34 millones de hectáreas.

El mismo estudio<sup>526</sup> concluye al éxito de las políticas públicas en la titulación colectiva, dado que, al finalizar el estudio, los TCO de los pueblos indígenas originarios campesinos corresponden a 21 millones de hectáreas; 18 millones en otras modalidades y 23 millones son tierras fiscales (4,6 disponibles, 1,4 dotadas). Sin embargo, se observa que la gran mayoría de estas tierras fiscales no son disponibles, porque son áreas forestales y parques donde no se puede realizar asentamientos humanos<sup>527</sup>.

Las cifras muestran por lo tanto un resultado positivo. No obstante, debemos señalar que, en la práctica, el ejercicio del derecho a la titulación de tierras, mediante el proceso de saneamiento se ve dificultado por barreras externas e internas. En relación con las primeras, se puede observar una inestabilidad en las autoridades encargadas de llevar a cabo el proceso (por ejemplo los cambios de directores del INRA)<sup>528</sup>, la implicación de otros actores, como ganaderos o empresarios. En cuanto a las segundas, se trata de barreras comunes de acceso a la justicia que enfrentan los pueblos indígenas, reconocidas en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad<sup>529</sup>, y por ejemplo comprobadas por la investigadora Karina FERNÁNDEZ en las comunidades guaraní<sup>530</sup>. Se trata, en primer lugar, del desconocimiento de los textos legales que versan sobre el saneamiento, y de forma general los textos donde están reconocidos sus derechos. Varias causas explican ese desconocimiento: el idioma (los textos no están disponibles en todos los idiomas indígenas), el analfabetismo, en especial en las mujeres, y la falta de comprensión, debida a la tecnicidad del lenguaje jurídico o a la

---

<sup>526</sup> *Íd.*, p.14.

<sup>527</sup> *Ibíd.*

<sup>528</sup> K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal...*, op. cit., p.73.

<sup>529</sup> Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008.

<sup>530</sup> K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal...*, op. cit. p.42, y 74.

falta de estudios. Por otra parte, se puede explicar por la falta de divulgación de los derechos en las comunidades (FERNÁNDEZ destaca como factor las carencias de los medios de comunicación radiales: las radios, que difunden información sobre derechos de los indígenas son escasas, y las comunidades no cuentan con medios para acceder a las emisoras<sup>531</sup>). Esa dificultad es lo que motiva el apoyo de asociaciones de la sociedad civil a las comunidades.

Que se consiga o no la titulación del territorio, cabe distinguir, para nuestro análisis, lo que es el territorio como espacio colectivo que pertenece a un pueblo o una comunidad, y las tierras que componen ese espacio. Es importante entender cómo se hace la distribución de las tierras en el seno de la comunidad y cómo se regula su uso, porque nos permitirá saber cómo se ejerce el derecho a la propiedad colectiva, mas exactamente el derecho a la tierra y el derecho al uso y aprovechamiento de los recursos naturales (renovables).

## **B. Modalidades de acceso y distribución de la tierra**

La ley INRA remite, a las reglas de la comunidad, la distribución y redistribución de tierras para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las TCO/TIOC y comunidades tituladas colectivamente, de acuerdo a sus normas y costumbres<sup>532</sup>. Véamos cuales son esas reglas.

En el caso de los territorios indígenas, todos los integrantes de la comunidad, es decir los que pertenecen al pueblo (por nacimiento o lazo matrimonial) y viven en la comunidad, pueden acceder al territorio, a los recursos que éste tiene y un chaco donde producir de acuerdo a sus necesidades<sup>533</sup>. Aunque las modalidades son distintas, el chaco es otorgado en calidad de usufructo, durante un tiempo determinado<sup>534</sup>.

La compra-venta de tierras, el alquiler u otra forma de arrendamiento o transacción están prohibidos por normas internas de las comunidades, lo que fue

---

<sup>531</sup> *Íd.*, p.42.

<sup>532</sup> Artículo 3. III.

<sup>533</sup> M. DEVISSHER, *op. cit.*, p. 100

<sup>534</sup> *Ibíd.*

recogido luego en las normas de las TCO/TIOC<sup>535</sup>. La comunidad entera participa en el control del acceso a la tierra, y en caso de incumplimiento sanciona al infractor con multas, suspensión temporal o incluso pérdida del derecho sobre la tierra y expulsión de la familia<sup>536</sup>. Sin embargo, se autoriza el préstamo temporal de tierras por asignación voluntaria de una familia a otra de la misma comunidad porque esto se considera como “un favor a alguien que lo necesita”<sup>537</sup>.

La condición para conservar el acceso a la tierra es contar con vivienda propia en la comunidad, cumplir con las formas de vida y obligaciones comunales, y trabajar<sup>538</sup>. La interpretación que los indígenas hacen del cumplimiento de la función social de la propiedad no es solo la residencia sino también el respeto y la conservación de la cultura, el trabajo, la participación en las decisiones de la comunidad y su cumplimiento, el cumplimiento de las normas comunales relacionadas con el uso de la tierra y de los recursos<sup>539</sup>. Los usos y costumbres son, en general, garantía de sostenibilidad y de respeto por los recursos naturales<sup>540</sup>. La comunidad y sus dirigentes controlan, y la dirigencia ejecuta y sanciona si es necesario<sup>541</sup>.

Tomemos el ejemplo de las comunidades guaraní, estudiadas por FERNÁNDEZ. Para los guaraní, la comunidad es el “espacio social constituido bajo preceptos de respeto y unidad que han ido estableciendo una estructura política, social, cultural y simbólica, instaurando fuertes lazos familiares en los que cada comunario tiene su lugar y reconocimiento”<sup>542</sup>. Las modalidades del derecho de acceso al territorio son diferentes según las comunidades. Se pueden destacar las siguientes tres: nacer en la comunidad, ser jóvenes mayores de 15 años (hombres o mujeres) y haber cumplido con las cuotas y los trabajos comunales<sup>543</sup>. El territorio está concebido en tres espacios<sup>544</sup>: *Tëta* (la casa), que es el espacio familiar y de la comunidad, donde se encuentran las viviendas; *Koo* (el chaco), que son los lugares de cultivo y que constan de chacos familiares (predios destinados a la producción

---

<sup>535</sup> Artículo 25 del DS N°29215.

<sup>536</sup> M. DEVISSHER., op. cit., p. 102.

<sup>537</sup> *Ibid.*

<sup>538</sup> *Íd.*, p.101

<sup>539</sup> *Íd.*, p.111

<sup>540</sup> *Ibid.*

<sup>541</sup> *Ibid.*

<sup>542</sup> K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal...*p. 30.

<sup>543</sup> *Íd.*, p. 31.

<sup>544</sup> *Ibid.*, pp. 9-11.

agropecuaria, que cada familia escoge sin restricción de superficie, y que son de usufructo familiar, hereditario), y comunales (predios productivos concentrados en un solo espacio para proyectos comunitarios, en el cual las familias también poseen una superficie limitada y equivalente, que es de libre disposición); y *Kaa* (el Monte), que es la zona donde se realizan las actividades de caza, pesca y recolección.

En el caso de las comunidades originarias, los *ayllus*, las familias poseen *sayañas* -de uso agrícola o pecuario- que son privadas, por lo tanto se trata de propiedades individuales/familiares. En la región de Colquencha existen todavía *aynocas* -de uso agrícola- que son tierras comunales, pero donde cada familia posee una o varias parcelas (*qallpas*)<sup>545</sup>. El derecho de una familia a ocupar sus *sayañas* o *qallpas* se transmite por herencia<sup>546</sup>.

La compra-venta está prohibida<sup>547</sup>. Aunque se dan algunos casos de venta entre comunarios, en ningún caso a personas ajenas a la comunidad<sup>548</sup>. La tierra puede transferirse mediante trueque o intercambio de parcelas entre familias que viven dentro de la comunidad, previa consulta y aprobación del *ayllu*<sup>549</sup>. Se dan casos de alquiler en el seno de la comunidad por falta de tierra, pero nunca a personas ajenas a la comunidad<sup>550</sup>.

En el caso de las comunidades campesinas, la propiedad es privada individual/familiar. El acceso a la tierra se hace por herencia, y en menor medida por compra-venta<sup>551</sup>. Sin embargo, esos últimos años, en el proceso de saneamiento de TCOs en la provincia Guarayos, muchas familias campesinas (individuales) optaron por la titulación colectiva para evitar ser clasificados como “terceros”, sujetos a demostrar función económico social en lugar de social<sup>552</sup>.

La compra-venta es posible. Prácticas de alquiler, anticrético, aparecerían entre familiares y comunarios (el dirigente de la comunidad suele certificarlo en un documento).

---

<sup>545</sup> M. DEVISSHER., op. cit., p.103.

<sup>546</sup> *Ibíd.*

<sup>547</sup> *Íd.*, p.102-104.

<sup>548</sup> *Ibíd.*

<sup>549</sup> *Ibíd.*

<sup>550</sup> *Ibíd.*

<sup>551</sup> *Íd.*, p.102.

<sup>552</sup> *Íd.*, p.103.

Para conservar su acceso a la propiedad, la familia debe cumplir con obligaciones comunales en forma de cuotas sindicales, aportes a la escuela, trabajo comunal...En contrapartida la comunidad reconoce y defiende los derechos de la familia ante miembros de la comunidad y ante extraños<sup>553</sup>.

Las comunidades campesinas interpretaron la función social del siguiente modo: dar uso agropecuario a la tierra, cumpliendo con el ejercicio de cargos y con las normas, acuerdos y obligaciones comunales (participación en reuniones, aportes sindicales). La residencia pasó en segundo plano frente a las obligaciones comunales. Tres elementos no fueron asimilados por los pequeños propietarios: la capacidad de uso mayor de los suelos, el uso sostenible de la tierra y los recursos naturales (excepto en provincia guarayos donde ha sido integrado explícitamente el cuidado del Medio Ambiente al concepto de función social).

Lo anterior implica que desde la comunidad se verifique el cumplimiento de la función social, y por lo tanto hayan o se crean mecanismos especiales para ello.

### **C. Formas de uso de la tierra y sus recursos**

En los territorios indígenas<sup>554</sup>, el uso de las tierras colectivas es libre para la recolección de productos no maderables y el corte de madera limitado al uso doméstico (leña, construcción de casas, fabricación de canoas). Cada familia actúa en concordancia con las formas tradicionales de uso de los recursos. Las regulaciones que se han ido construyendo están mayoritariamente enfocadas al tumbado de árboles (limitación del aprovechamiento de carácter comunal por ejemplo).

No existe regulación colectiva al uso de las tierras asignadas a las familias<sup>555</sup>. Estas solo utilizan mano de obra familiar. Las parcelas raramente sobrepasan una o dos hectáreas. Las prácticas productivas son mayormente de cultivos anuales destinados al autoconsumo y velan tradicionalmente por el descanso de la tierra. Sin embargo, por evolución contextual (con factores externos como el mercado, los medios de comunicación, la educación, ect), la producción familiar se va orientando parcialmente al mercado.

---

<sup>553</sup> *Íd.*, p.103.

<sup>554</sup> *Íd.*, p.107.

<sup>555</sup> *Ibíd.*

En las *aynocas* (tierras altas de propiedad colectiva) de los *ayllus*, la rotación de las *qallpas* está establecida históricamente y no cambia<sup>556</sup>. El primer año está destinado al cultivo de la papa, el segundo al de la cebada y el tercer año se repite papa. A partir del cuarto año, la *aynoca* entra en descanso y se deja de regenerar los pastos durante siete años. Mientras tanto, las familias pueden aprovecharla, indistintamente, para el pastoreo de animales. Cada año, los mallkus (autoridad originaria zonal) deciden el inicio del trabajo colectivo para la rotación de las parcelas, los preparativos de la siembra, la cosecha y el pastoreo. En el caso de las *sayañas*, las familias manejan su parcela de acuerdo con sus conocimientos y propios criterios en el proceso productivo<sup>557</sup>.

Detengámonos en un ejemplo de *aynoca*, la Nación *Kallawaya*, en el Altiplano<sup>558</sup>. El título de propiedad recae en el territorio de la comunidad (*kapana*), es indiviso y pertenece al que ejerce la autoridad mayor de la comunidad; siendo esa autoridad rotatoria entre las familias. Ese territorio colectivo consta de varios terrenos que son propiedad comunitaria (responden a una construcción por terrazas, llamada “alambrados”). Cada familia tiene su propiedad familiar dentro de un terreno. A cada terreno corresponde un cultivo (cebada, trigo, papa...), y los cultivos rotan entre los terrenos (a diferencia de otras naciones que tienen cultivos fijos). El ejercicio del derecho de propiedad comunitaria está a cargo de cada familia. La propiedad agraria es el núcleo base de la propiedad colectiva. El territorio supera la idea de propiedad colectiva, es más complejo.

Esas distintas formas de tenencia y uso tradicional de la tierra practicadas por los pueblos indígena originario campesinos ponen de manifiesto aspectos que nos permiten ajustar nuestra definición del derecho colectivo con respecto a la propiedad.

Si bien sostuvimos que el titular del derecho es colectivo, es el pueblo o la comunidad, cabe aportar el siguiente matiz. En determinados casos puede haber una doble titulación (como los *ayllus* tipo *sayañas*), es decir que en una parcela de tierra, dentro de un territorio, puede recaer un título de propiedad colectiva cuyo titular es la comunidad, y a la vez un título interno de propiedad familiar individual.

---

<sup>556</sup> *Íd.*, p.108.

<sup>557</sup> *Ibid.*

<sup>558</sup> Entrevista con E. VEGA KAIPI (*kapana*), *supra*.

Por otra parte, nos damos cuenta de que las formas de ejercicio del derecho de propiedad son varias. El ejercicio puede ser exclusivamente colectivo, como lo es en los territorios indígenas por ejemplo guaraní, donde todos los miembros de la comunidad tienen acceso a la tierra y sus recursos, con un chaco en usufructo. También puede ser plural, es decir con varios niveles. Es el caso de los aynocas, donde existe una propiedad comunitaria relacionada con un territorio, cuyo titular es la comunidad, pero el derecho está ejercido de forma rotatoria por una familia de la comunidad; primer nivel de ejercicio que llamaremos “familiar-colectivo”. Ese territorio colectivo consta de terrenos para el cultivo de las tierras comunitarias con una parte destinada al uso familiar, y cada familia es responsable del terreno en el que vive (sabiendo que en ese terreno los cultivos se deciden por la comunidad y son rotatorios); segundo nivel de ejercicio que llamaremos “familiar-individual”. Por fin, algunos de los terrenos se quedan como tierras comunitarias para el uso de todos; tercer nivel de ejercicio que llamaremos colectivo.

Proponemos visualizarlo con las siguientes representaciones gráficas.

Figura 3 Territorio y propiedad en tierras bajas

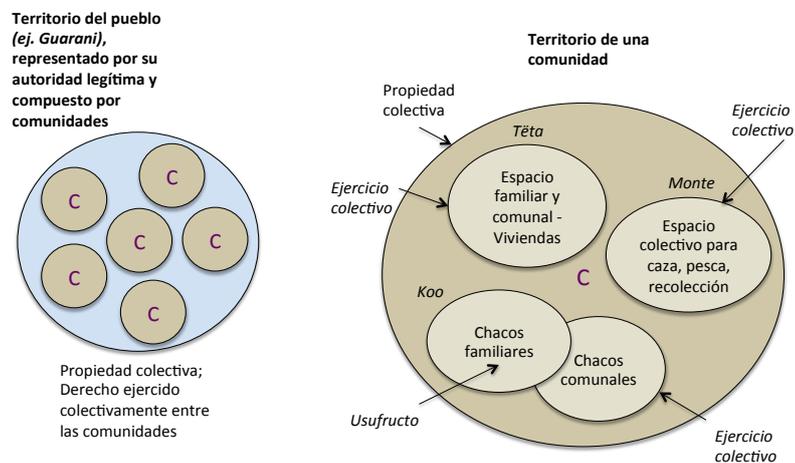


Figura 4 Territorio y propiedad en tierras altas  
Ayllus - aynocas

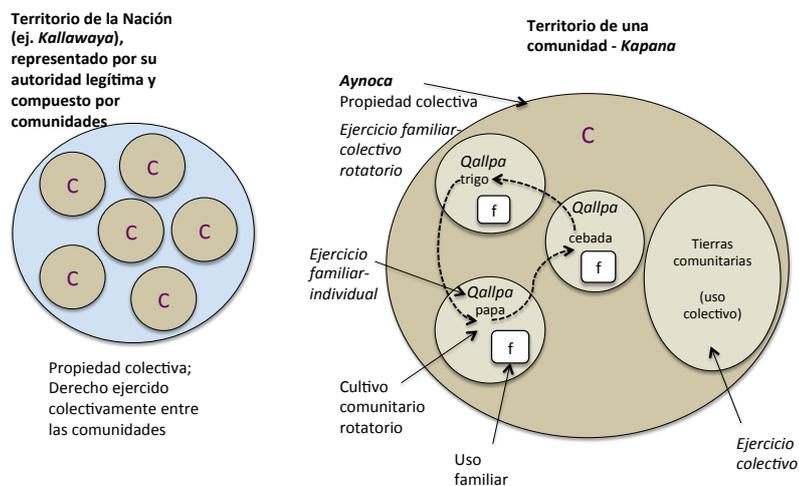
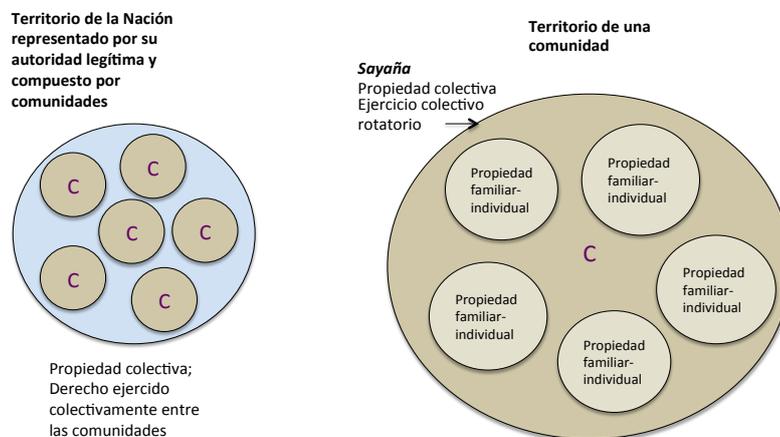


Figura 5 Territorio y propiedad en tierras altas  
Ayllus - sayañas



## D. Exigibilidad del derecho a la consulta

Para citar un solo ejemplo relataremos el caso del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore<sup>559</sup> (su nombre corresponde a los dos ríos que lo delimitan, y

<sup>559</sup> Véanse mapa en apéndice.

es conocido como TIPNIS)<sup>560</sup>. Está situado en el centro del país, en los departamentos de Cochabamba (provincia Chapare) y el Beni (provincia de Moxos). Tiene una superficie de casi 1.100.000 de hectáreas, abarca parte de la gran cordillera andina, en un área de pie de monte. En él habitan los pueblos Yuracaré, Chimán y Mojeño. Es una zona de alta biodiversidad. El territorio tiene un doble estatuto jurídico: es Parque Nacional<sup>561</sup>, es decir Área protegida<sup>562</sup>, y Territorio Indígena titulado como Territorio Comunitario de Origen<sup>563</sup>.

En abril de 2003 el Estado incluyó en el Plan de desarrollo y Sistema Nacional de Carreteras un tramo comprendido entre las localidades de Villa Tunari (departamento de Cochabamba) y San Ignacio de Moxos (departamento de Beni) señalando que podría afectar inminentemente al TIPNIS. En noviembre de 2006, se declaró prioridad nacional y departamental la elaboración del Estudio a Diseño y construcción de dicho tramo. La Administración Boliviana de Carreteras elaboró entonces los términos para la contratación, con los puntos por los cuales debe pasar la vía, atravesando el núcleo del TIPNIS. Tras realizar la licitación pública internacional se adjudicó el proyecto a la empresa brasilera “Constructora OAS Ltda”. Ésta subcontrata a la empresa boliviana “Constructora Nacional CONNAL”. Esa misma empresa dividió los estudios de factabilidad, evaluación de impacto ambiental y diseño final en tres tramos, mientras que el Servicio Nacional de áreas protegidas recomendaba considerar la integralidad de todo el proyecto en sus tres tramos. Los remitió al Viceministerio de Medio Ambiente, Biodiversidad y Cambios Climáticos, quién pide la realización del Estudio de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico-Integral para cada tramo. Posteriormente se aprueba el EEIA con su respectiva Declaración de Impacto Ambiental para los tramos I (Villa Tunari-Isinuta) y III (Monte Grande-San Ignacio de Moxos) de la carretera, quedando pendiente el Tramo II (Isinuta-Monte Grande) por enfrentarse a la problemática socioambiental y el daño que se podría producir por la división del TIPNIS, denunciado por los pueblos

---

<sup>560</sup> Los datos indicados a continuación están basados en el *Informe Defensorial respecto a la violación de los derechos humanos en la Marcha Indígena*, Defensoría del Pueblo, La Paz, noviembre de 2011, pp. 8-11. En virtud del artículo 34 de la Ley N°1818 de 22 de diciembre de 1997, del Defensor del Pueblo, la Defensoría del Pueblo, como producto de sus investigaciones, puede elevar al Congreso Nacional informes sobre temas específicos, lo que hizo sobre el caso del TIPNIS.

<sup>561</sup> Mediante Decreto Ley 7401 de 22 de noviembre de 1965

<sup>562</sup> El Sistema Nacional de Áreas protegidas está regido por la Ley 1333 del Medio Ambiente, supra.

<sup>563</sup> Declarado Territorio Indígena mediante DS N° 22610 de 24 de septiembre de 1990, y TCO mediante Resolución Suprema 230292 y el respectivo Título Ejecutorial N° TCO-nal-000229.

indígenas del Oriente, en particular con ocasión de la VIII Marcha por la defensa del TIPNIS iniciada el 15 de agosto de 2011.

Como lo demuestra la Defensoría del Pueblo en su informe sobre la violación de los derechos humanos en la marcha indígena<sup>564</sup>, la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, provocaría una ruptura de ciclos vitales para la reproducción y sostenimiento de la diversidad. Asimismo, el desmonte y deforestación provocarían el rebalse dejando sólo a ambos lados una parte más boscosa y montañosa al oeste y otra naturalmente menos boscosa y más inundadiza, al este. Además de lo referido, la carretera, implicaría la desestructuración del modelo indígena, debido a que se socavarían las condiciones ambientales necesarias para el modelo socio-económico adaptativo; alterando además las condiciones de uso y ocupación del territorio obstaculizando los desplazamientos poblacionales con fines culturales y económicos; y se expondría la zona de frontera al modelo económico colono<sup>565</sup>. Todos esos aspectos, supondrían a su vez un cambio en la ocupación espacial de la población del TIPNIS, pues las comunidades indígenas se verían incentivadas a concentrarse en las cercanías o bordeando el tramo de la carretera, lo cual implicaría un abandono de sus actividades permanentes y una emergente desestabilización de la relación con la tierra-territorio, su cultura, su espiritualidad y su economía étnica, sobre todo en éste último elemento porque ni las actividades agroforestales del chocolate, ni el aprovechamiento de saurios, ni la ganadería son susceptibles de trasladarse a la zona de la carretera. En ese mismo sentido, el acercamiento de los pueblos indígenas a la carretera significaría un contacto directo y permanente con los colonos lo que influiría negativamente en los ejes básicos de la economía étnica (esto es, agricultura, caza, pesca y recolección) por el incentivo de plantación, producción y comercialización de la hoja de coca, entre otros cultivos<sup>566</sup>.

Por lo tanto, al tratarse de un proyecto que podía afectar directamente a los pueblos del TIPNIS, con un mayor impacto dentro de sus territorios, el Estado tenía el deber de implementar una consulta previa, libre, informada y de buena fe en el momento en que se determinó atravesar el TIPNIS, y con el propósito de conseguir el consentimiento del pueblo.

---

<sup>564</sup> Informe Defensorial respecto a la violación de los derechos humanos en la Marcha Indígena, op. cit., pp. 98-100.

<sup>565</sup> *Ibíd.*

<sup>566</sup> *Ibíd.*

Ahora bien, el Gobierno adoptó la decisión de construir la carretera en forma unilateral, por lo que se impidió la posibilidad de entablar procesos de diálogo y deliberación encaminados a construir consensos<sup>567</sup>. Cuando se paralizó la construcción del tramo II y surgió en el debate la realización de un proceso de consulta, ya se había definido el trazo de la carretera, ya se había contratado a la empresa constructora y la construcción de la carretera ya se había iniciado en los tramos I y III (lo que implicaba que el tramo II atravesaría necesariamente el TIPNIS), por lo que la consulta no cumpliría en todo caso su carácter de previa<sup>568</sup>, ni de buena fe.

Ante el apoyo masivo de los ciudadanos a los marchistas, en octubre de 2011 se aprobó una Ley de intangibilidad del TIPNIS<sup>569</sup>, la Ley N°180, que es una ley corta, así como su reglamento, y se suspendieron las obras. Esa ley garantiza el uso exclusivo y tradicional de los recursos naturales por parte de los pueblos indígenas que habitan el TIPNIS, prohíbe la ejecución de megaproyectos, obras y actividades de gran escala como la construcción de carreteras, así como las actividades que provocan o pudieran provocar impactos ambientales y cambios socio-económicos y culturales negativos. Sin embargo, es de doble hilo, porque si bien la intangibilidad permite contrarrestar los mega-proyectos como la construcción de la carretera, afecta a cualquier tipo de actividad económica, lo que puede incluir actividades de las comunidades que viven en el TIPNIS.

Esa situación provocó discrepancias entre indígenas: unos, impulsores de la Ley 180, encaminados por la CIDOB y el CONAMAQ, no estaban en contra de la carretera sino pedían que ésta bordiera el TIPNIS y no la atravesara<sup>570</sup>, y otros, del movimiento colonizador, encaminado por el Consejo Indígena del Sur (comunidades de coccaleras que viven en la parte sur del TIPNIS), a favor de la construcción de la carretera por el TIPNIS. Éstos últimos, tras una marcha de poco éxito, lograron sin embargo la conformación de una comisión especial y la aprobación de una Ley de consulta a los pueblos del TIPNIS, la Ley N°222<sup>571</sup>, destinada a: 1) determinar la intangibilidad o no del TIPNIS, para viabilizar el desarrollo de las actividades de los pueblos indígenas Mojeño-Trinitario, Chimane y Yuracaré, así como la construcción

---

<sup>567</sup> *Ibíd.*

<sup>568</sup> *Ibíd.*

<sup>569</sup> Ley N°180 de 24 de octubre de 2011, de intangibilidad del TIPNIS.

<sup>570</sup> Véanse : [www.cidob-bo.org](http://www.cidob-bo.org)

<sup>571</sup> Ley N°222 de 10 de febrero de 2012.

de la Carretera Villa Tunari – San Ignacio de Moxos; 2) Establecer 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 del TIPNIS.

Los pueblos indígenas manifestaron su rechazo a esa ley N°222, y a cualquier consulta posterior (al menos que se cancelara el contrato con OAS, se pararan las obras y se empezara todo de nuevo). Iniciaron la IX Marcha por la Defensa del TIPNIS, el 27 de abril de 2012, partiendo de Trinidad. Llegaron a la Paz el 27 de junio, acogidos por los ciudadanos, aunque fueron menos numerosos que para la VIII Marcha del 2011, pero con represión policial al querer entrar a la Plaza Murillo, donde radica la sede del Gobierno, y sin conseguir hablar con el Presidente<sup>572</sup>.

Paralelamente, tanto la Ley 180 como la Ley 222 fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad abstracta ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (prevista por la Constitución en su artículo 132, así como los artículos 73 a 78 del Código procesal constitucional<sup>573</sup>). El Tribunal dictó sentencia el 18 de junio de 2012<sup>574</sup>, declarando no la inconstitucionalidad de esas leyes sino su constitucionalidad condicionada, a la consulta en el caso de la Ley 180, y a la concertación sobre la consulta en el caso de la Ley 222<sup>575</sup>.

A partir de aquél momento el Gobierno lanzó un proceso de consulta (post-consulta), que se inició el 22 de julio de 2012 en Oromomo, mediante brigadas de consulta que ingresaban a las comunidades, pero en el marco de un protocolo unilateralmente establecido por el Gobierno. El Presidente de la Subcentral TIPNIS, que es consignada como autoridad titular, en calidad de representante del pueblo, en el Título Ejecutorial del que beneficia el TIPNIS, y el Presidente de la Subcentral Sécore, afirmaban que no se estaba consultando a todas las comunidades ni a las que

---

<sup>572</sup> IWGIA, “Bolivia: La IX marcha llega a La Paz”, IWGIA, Noticias (En línea), 28 de junio de 2012. Consultado en 2013. Disponible en : [http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news\\_id=556](http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news_id=556)

<sup>573</sup> Artículo 73.1 del Código procesal constitucional, adoptado mediante la Ley N°254 de 5 de julio de 2012 : las Acciones de Inconstitucionalidad podrán ser Acción de Inconstitucionalidad de carácter abstracto contra leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales.

<sup>574</sup> SC 0300/2012, supra.

<sup>575</sup> Véanse Bartolomé CLAVERO, “Sentencia Constitucional sobre el Caso TIPNIS trascendental para los Derechos de los Pueblos Indígenas”, 20 de junio de 2012. Disponible en : <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=12098>

correspondían<sup>576</sup>. El proceso fue objeto de mucha polémica, con un panorama de protestas por parte de los indígenas que también salieron divididos. Por otra parte, varias organizaciones nacionales e internacionales estuvieron verificando el proceso, consultando también a las comunidades<sup>577</sup>. La post-consulta concluyó oficialmente el 7 de diciembre de 2012, con un resultado a favor de la construcción de la carretera, pero denunciado por varias organizaciones por la parcialidad en sus modalidades de ejecución<sup>578</sup>. El Gobierno remitió a la Asamblea Legislativa Plurinacional un proyecto de abrogación de la Ley 180<sup>579</sup>, que en la actualidad sigue en trámite. No obstante, varias declaraciones de miembros del Gobierno, en el exterior, en las cuales admitían que se había cometido un error en la consulta del TIPNIS<sup>580</sup>, dejan suponer que la construcción del tramo II se podría dejar para después, o incluso abandonarse...El Vicepresidente Álvaro García Linera, dijo, durante una charla en Argentina, que “se descartaba la construcción de la carretera por el TIPNIS y que si se concretara, sería en 20, 50 o 100 años”<sup>581</sup>.

Está claro que el Gobierno vulneró el derecho a la consulta previa, libre e informado -establecido en los instrumentos jurídicos internacionales antes citados e incorporados al ordenamiento jurídico boliviano- de los pueblos indígenas del TIPNIS, quienes, como consecuencia, se vieron impedidos de ejercer su derecho. Sin

---

<sup>576</sup> IWGIA, “Bolivia: A dos meses de concluir consulta en el TIPNIS Evo firma contrato para construir vía”, IWGIA, Noticias (En línea), 10 de octubre de 2012. Consultado en 2013. Disponible en línea en : [http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news\\_id=660](http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news_id=660)

<sup>577</sup> Véanse los informes en la página web del CEDIB : <http://www.cedib.org/documentos/consulta-tipnis-compendio-de-informes/>

<sup>578</sup> Según las fuentes oficiales, se habría consultado a las 69 comunidades que viven en el TIPNIS, y 58 aceptaron la construcción de la carretera. Según un informe de la Comisión Interinstitucional de la Iglesia Católica y la Asamblea Permanente de Derechos Humanos de Bolivia (apdhb), que visitó a 36 comunidades a finales de 2012, 30 expresaron su rechazo a la construcción de la carretera. A.E. VARGAS, “El informe final sobre la Consulta Previa, en el TIPNIS”, *La Razón* (En línea), *La Gaceta Jurídica*, 23 de abril de 2013. Consultado en 2013. Disponible en: [http://www.la-razon.com/suplementos/la\\_gaceta\\_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia\\_0\\_1904209654.html](http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia_0_1904209654.html)

<sup>579</sup> Véanse página web de la Cámara de Diputados : <http://www.diputados.bo/index.php/prensa/ejecutivo/item/29-resultado-de-consulta-en-el-tipnis-dara-bases-para-tres-leyes>

<sup>580</sup> Conversatorio sobre la situación del país del Ministro de la Presidencia, J. Ramón Quintana, celebrado en la Maison de l'Amérique latine de París, el 6 de septiembre de 2013, presenciado por la autora.

<sup>581</sup> Declaración pronunciada el 27 de junio de 2013 en un ciclo de charlas denominado "La Patria Grande", en el Centro Cultural de la Cooperación "Floreal Gorini" en la ciudad de Buenos Aires, y revelada por el diario Erbol en su página de noticias, el 6 de enero de 2014. Disponible en: <http://www.erbol.com.bo>.

embargo, la lucha continua de los pueblos del TIPNIS está forzando cambios hacia la implementación de ese derecho.

## II. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA MADRE TIERRA

Como lo señala el artículo 6 de la Ley de derechos de la Madre Tierra, todos las bolivianas y bolivianos, al formar parte de la comunidad de seres que componen la Madre Tierra, ejercen los derechos de la Madre Tierra. La ley añade que ese ejercicio se debe hacer de forma compatible con sus derechos individuales y colectivos, y establece una prevalencia de los derechos colectivos de la Madre Tierra en caso de conflicto entre derechos.

Si nos fijamos detenidamente en la definición dada para cada derecho de la Madre Tierra, nos damos cuenta de que cada derecho implica necesariamente la intervención del Estado y de los ciudadanos para su realización, y por lo tanto lleva consigo obligaciones y deberes correspondientes :

*“1. Derecho a la vida: Es el derecho al mantenimiento de la integridad de los sistemas de vida y los procesos naturales que los sustentan, así como las capacidades y condiciones para su regeneración”.*

Significa la no destrucción o eliminación de sus componentes.

*“2. A la diversidad de la vida: Es el derecho a la preservación de la diferenciación y la variedad de los seres que componen la Madre Tierra, sin ser alterados genéticamente ni modificados en su estructura de manera artificial, de tal forma que amenace su existencia, funcionamiento y potencial futuro”.*

Se refiere al respeto a la bio-diversidad, a abstenerse de usar organismos genéticamente modificados.

*“3. Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes”.*

Remite al acceso al agua y a la no-contaminación.

*“4. Al aire limpio: Es el derecho a la preservación de la calidad y composición del aire para el sostenimiento de los sistemas de vida y su protección frente a la contaminación, para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes”.*

Remite al acceso al agua y a la no-contaminación.

*“5. Al equilibrio: Es el derecho al mantenimiento o restauración de la interrelación, interdependencia, complementariedad y funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra, de forma equilibrada para la continuación de sus ciclos y la reproducción de sus procesos vitales”.*

Vinculado con los derechos anteriores se puede entender como el control de las actividades humanas para que no altere la regeneración de la biocapacidad.

*“6. A la restauración: Es el derecho a la restauración oportuna y efectiva de los sistemas de vida afectados por las actividades humanas directa o indirectamente”.*

Significa la adopción de medidas restaurativas.

*“7. A vivir libre de contaminación: Es el derecho a la preservación de la Madre Tierra de contaminación de cualquiera de sus componentes, así como de residuos tóxicos y radioactivos generados por las actividades humanas.”*

De cara a los derechos reconocidos, la obligación general del Estado es desarrollar políticas públicas que permitan cumplir con los objetivos que se desprenden de esos derechos. Supone por un lado, obligaciones negativas, como por ejemplo abstenerse de sobreexplotar la tierra y los recursos naturales, y por otro lado, obligaciones positivas, como la promoción de la incorporación de fuentes energéticas alternativas limpias y renovables. Como vimos en el primer título, puede concretarse en las medidas tomadas por el Gobierno boliviano, como por ejemplo la creación de áreas protegidas, o el hecho de consagrar la conservación y protección de la biodiversidad como causal de utilidad pública y justificar una expropiación.

Igualmente, en todos los ciudadanos -se entiende que se aplica también a empresas privadas- recae la responsabilidad de proteger a la Madre Tierra y sus componentes. Esa responsabilidad compartida se manifiesta a través de deberes negativos (por ejemplo no dañar los componentes de la Madre Tierra), y positivos (por ejemplo tener prácticas de producción, consumo y uso de la tierra sustentables). Vimos que las prácticas indígenas en relación con la tierra y la economía responden a consideraciones ecológicas.

La peculiaridad de los derechos de la Madre Tierra es su relación necesaria con las obligaciones del Estado y los deberes de los ciudadanos. Los derechos de la

Madre Tierra se ejercen a través del cumplimiento de las obligaciones del Estado y de los deberes de la sociedad (preservación, conservación...).

Por consiguiente, todos deben defenderla y denunciar su vulneración, considerada por la ley una vulneración del derecho público y de los derechos colectivos e individuales<sup>582</sup>. Según lo dispuesto en la Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien, la denuncia de la vulneración de los derechos de la Madre Tierra reconocidos es un deber de cualquier persona individual o colectiva (artículo 39.III). Es obligación de las autoridades públicas, del Ministerio público, de la Defensoría de la Madre Tierra y del Tribunal Agrarioambiental activar las instancias administrativas y/o jurisdiccionales, con el objeto de exigir la protección y garantía de los derechos de la Madre Tierra (artículo 39.I). También están legitimadas para hacerlo las personas individuales o colectivas, directamente afectadas (artículo 39.I). En el capítulo III estudiaremos un ejemplo de acción popular interpuesta por ciudadanos y ciudadanas para proteger el Medio Ambiente.

Para cerrar ese capítulo, cabe subrayar un elemento que está presente en todos los aspectos tratados anteriormente, y compartido por todos los grupos culturales, tanto las comunidades indígenas, como originarias o campesinas: la relación individuo-comunidad, que a la hora de hablar de ejercicio de derechos se expresa del siguiente modo: defensa colectiva del individuo y la recíproca defensa individual y colectiva de la comunidad (el individuo debe defender a su comunidad, junto con los demás miembros).

---

<sup>582</sup> Artículo 38 de la Ley N° 300, Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien, *supra*.

## **CAPÍTULO II. PREVENCIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Entendemos por conflicto la situación social cuya modificación unilateral afecta los intereses de otra parte<sup>583</sup>. Abarca la controversia o litigio, que se refiere a la aplicación o interpretación del derecho existente, y es por consiguiente susceptible de arreglo con esa base<sup>584</sup>. Pero, el conflicto no se resume al litigio, sino corresponde a situaciones sociales que expresan diferencias entre los actores presentes (en un grupo, una comunidad, o una sociedad).

En los desarrollos anteriores vimos que la evolución de los derechos de los indígenas puede verse frenada por conflictos de dos tipos. Por un lado, se trata de conflictos entre indígenas, debido a concepciones del territorio y formas de uso de la tierra distintas entre pueblos de tierras altas y pueblos de tierras bajas, o incluso entre comunidades. Por otro lado, surgen conflictos con terceros, que son o bien propietarios de tierras no indígenas, y que tienen conflictos de linderos con comunidades indígenas, o bien empresas nacionales o transnacionales que quieren implantar proyectos de explotación (exploración y/o extracción) de recursos naturales situados en territorios indígenas.

Estos distintos supuestos pueden producir tanto conflictos sociales como conflictos entre derechos. Una forma de resolver los conflictos es en vía judicial (I). Cabe entonces preguntarnos qué lugar ocupa la jurisdicción indígena y en qué medida intervienen los usos y costumbres indígenas. Otra forma de resolver un conflicto es por una vía alternativa a la vía judicial. Nos interesa entonces analizar cómo la cultura indígena influye en esos mecanismos (II).

---

<sup>583</sup> A-J. ARNAUD, entrada "Conflit", En Cercle de sociologie et nomologie juridiques Français, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, France, 1993, p.91. Traducción libre.

<sup>584</sup> *Ibid.*, p. 94.

# I. APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUECUDINARIO INDIGENA EN VIA JUDICIAL

Como ya señalamos, la Constitución y la legislación boliviana reconocen el derecho de los pueblos indígenas al ejercicio de sus sistemas jurídicos y establece un pluralismo jurídico igualitario<sup>585</sup>. Surgen entonces dos preguntas: ¿cuáles son las normas de competencia entre ambas jurisdicciones, en particular en materia agraria?, ¿Se tiene en cuenta la cosmovisión indígena a la hora de resolver un conflicto entre derechos, en el marco de la jurisdicción ordinaria?

## A. Un poder judicial plural

La justicia indígena no es una jurisdicción alternativa sino una jurisdicción especial, parte del Poder judicial estatal, situada en el mismo nivel que la jurisdicción ordinaria<sup>586</sup>. Esa jurisdicción tiene competencias propias. Ejerce su funciones a través de sus autoridades y aplicando sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios<sup>587</sup>, teniendo como límite el respeto a los derechos humanos<sup>588</sup>.

### 1. Competencia de la jurisdicción indígena originaria campesina

La jurisdicción indígena es competente dentro de los territorios indígenas para las relaciones o hechos jurídicos realizados o con efectos en su territorio, que involucran a miembros de las naciones o pueblos indígena originario campesinos<sup>589</sup>, siendo esa competencia exclusiva de esa jurisdicción<sup>590</sup>.

Las decisiones de la jurisdicción indígena son obligatorias, e irrevisables por otras jurisdicciones<sup>591</sup>. Están sometidas al control del Tribunal Constitucional

---

<sup>585</sup> Artículos 130.14 de la Constitución y 3 y 4.e. de la Ley N°073 de 29 de diciembre de 2010, de Deslinde Jurisdiccional.

<sup>586</sup> Artículo 179.II. de la Constitución.

<sup>587</sup> Íd., Artículo 190.I.

<sup>588</sup> Artículos 190.II. de la Constitución, y 5.I. de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, supra.

<sup>589</sup> Los artículos 191 de la Constitución y 8 a 11 de la Ley N°073, de Deslinde Jurisdiccional, establecen los ámbitos de competencia territorial, material y personal de la jurisdicción indígena, debiendo concurrir simultáneamente.

<sup>590</sup> Artículo 10.III. de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, supra.

<sup>591</sup> Íd., Artículo 12.

Plurinacional cuando vulneran los derechos fundamentales y pueden ser objeto de una acción de amparo por ejemplo. Los conflictos de competencia entre jurisdicción indígena y jurisdicción ordinaria son competencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (que cuenta con magistrados indígenas)<sup>592</sup>. En julio de 2013, tres dirigentes relacionados con el TIPNIS (Fernando Vargas, Presidente de la Subcentral del TIPNIS, Adolfo Chávez, Presidente de la CIDOB, y Pedro Nuni, ex vicepresidente de la CIDOB y diputado MAS) interpusieron una acción por conflicto de competencia contra el Juez Segundo de Instrucción en lo Penal de Trinidad, Jesús Martínez Subirana, después de que fueron denunciados, por el delito de tentativa de homicidio, por el cacique mayor del Consejo Indígena del Sur (Conisur), Gumercindo Pradel, en instancias de la Justicia ordinaria, y que el Juez ordenara contra ellos una orden de aprehensión. El Tribunal Constitucional admitió el recurso, que está hoy pendiente de resolución<sup>593</sup>.

## 2. Competencia jurisdiccional en materia de tierra

En relación con la propiedad, la Ley de Deslinde jurisdiccional excluye de la jurisdicción indígena la competencia en materia agraria,<sup>594</sup> que queda atribuida, por la Ley INRA al Tribunal Agrario Nacional -convertido posteriormente en Tribunal Agroambiental integrado por indígenas<sup>595</sup>- que conoce los conflictos de tierras y derecho de propiedad, y al INRA los conflictos en el saneamiento (vía no judicial).

Sin embargo, el artículo 10.d de la Ley de Deslinde jurisdiccional, interpretado *a contrario*, reconoce la competencia de la jurisdicción indígena para la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas.

Por otra parte, el artículo 3.III de la Ley INRA establece que: “En la aplicación de las leyes agrarias y sus reglamentos, en relación a los pueblos indígenas

---

<sup>592</sup> Artículo 202 de la Constitución. Véanse página web del Tribunal para información sobre su composición : [www.tribunalconstitucional.gob.bo/index.php](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/index.php)

<sup>593</sup> Y. DONOSO, “El TCP frena el juicio contra tres dirigentes del TIPNIS”, *La Razón* (En línea), 9 de octubre de 2013. Consultado en : [http://www.la-razon.com/nacional/TCP-frena-juicio-dirigentes-TIPNIS\\_0\\_1921607872.html](http://www.la-razon.com/nacional/TCP-frena-juicio-dirigentes-TIPNIS_0_1921607872.html)

<sup>594</sup> Artículo 10.II.c de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

<sup>595</sup> Los artículos 187 y 182.6 de la Constitución, refiriéndose a los miembros del Tribunal Agroambiental: “para la calificación de mérito se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad indígena originaria campesina, bajo su sistema de justicia”.

y originarios, deberá considerarse sus costumbres y su derecho consuetudinario siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional”.

Por lo tanto, el sistema judicial boliviano abrió la puerta a la aplicación de las costumbres indígenas, no solo en el seno de una jurisdicción propia, sino también en el marco de la jurisdicción ordinaria o otra especial, como es la agraria.

Confirma que se reconoce el Derecho consuetudinario indígena como un “auténtico sistema jurídico”<sup>596</sup>.

## **B. La interpretación intercultural**

La interpretación constituye un medio para solucionar un conflicto entre derechos. La Ley de Deslinde judicial plantea, en su artículo 4.d, un principio fundamental en la administración de la justicia que es la interpretación intercultural. Según ese principio, al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional.

Aplicado a los conflictos de tierras, podría consistir en buscar un equilibrio entre el derecho colectivo de la comunidad y el derecho individual o colectivo de la otra parte. En ese sentido es interesante basarse en las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo en su protocolo de atención de casos - sistema jurídico de los pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas<sup>597</sup>. Refiriéndose a los procedimientos y sanciones aplicados por la jurisdicción indígena, que vulneraría un derecho constitucional, y basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional<sup>598</sup>, recomienda analizar el caso en su contexto cultural específico con una mirada intercultural, identificar las causas, efectos y los fines perseguidos por la comunidad en la definición del procedimiento así como en la imposición de la sanción, y ayudar a encontrar una medida conciliadora.

En cualquier caso, se tendrían que valorar las consecuencias de una denegación o restricción del derecho y los beneficios de su reconocimiento, integrando en esa ponderación la perspectiva cultural, por ejemplo el tener en cuenta

---

<sup>596</sup> Expresión que tomamos de Vicente CABEDO en *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*, UPV, 2004, p. 60ss.

<sup>597</sup> Protocolo interno, N°31, facilitado por E. MULLUCUNDO (Defensor).

<sup>598</sup> SC 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003.

la importancia de la tierra para los indígenas, y su relación especial, vital con ella. Las consecuencias de una denegación del derecho de propiedad de una comunidad sobre una tierra, podría tener un impacto mas negativo, por afectar su modo de vida y subsistencia, e in fine su desarrollo, que la restricción del derecho propietario de un tercero sobre esa tierra.

Encontramos incluso en la legislación boliviana un derecho preferente en caso de conflictos. En efecto, el punto I. de la Disposición final segunda de la Ley INRA, dispone que en las tierras de aptitud de uso agrícola o ganadera, en las de protección o producción forestal y en las comunitarias de origen, en las que existiera superposición o conflictos de derechos, prevalecerá el derecho de propiedad agrícola, ganadera o de la comunidad campesina, pueblo o comunidad indígena u originaria, sobre las concesiones, contratos o autorizaciones de aprovechamiento forestal. *¿Quid* de su cumplimiento?

## **II. USO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS TRADICIONALES**

Podemos encontrar mecanismos alternativos de solución de conflictos relacionados con la tierra y el territorio en tres ámbitos: el proceso de saneamiento, la gestión de conflictos de linderos dentro de una comunidad o entre comunidades y el proceso de constitución de autonomías.

### **A. Conciliación en el proceso de saneamiento**

Una de las finalidades del saneamiento de la propiedad agraria es la conciliación de conflictos relacionados con la posesión y propiedad agrarias<sup>599</sup>.

Durante el proceso de saneamiento de un TCO/TIOC, el INRA debe comprobar si hay terceros -otras personas no indígenas- que viven dentro del territorio solicitado, en qué espacio, si tienen un título de propiedad y si están trabajando la tierra cumpliendo la función económico social. En caso de no tener título y cumplir la función económico social se les reconoce un derecho de

---

<sup>599</sup> Artículo 66.3 de la Ley INRA.

posesión<sup>600</sup>. En caso contrario, las tierras son revertidas al dominio de la Nación para su dotación en favor del pueblo o comunidad demandante<sup>601</sup>.

Si se presenta un conflicto entre las partes implicadas, se paraliza el trámite hasta que se llegue a un acuerdo. El conflicto también se puede dar entre comunidades. El INRA intenta fomentar la conciliación entre las partes para que se firme un acuerdo, escuchando a las partes, a todos los involucrados, a las autoridades, teniendo en cuenta las vivencias de cada comunidad<sup>602</sup>. De ese modo se llegaron a solucionar muchos conflictos<sup>603</sup>. Sin embargo, en algunos casos las decisiones que se toman son más verticales desde los órganos ejecutivos y no suelen resolver los conflictos porque no son asumidas o aceptadas por las partes<sup>604</sup>. A veces, más conflicto hay cuando interviene el Estado<sup>605</sup>. Cabe recalcar que los conflictos entre las comunidades se suelen superar por el diálogo y la concertación (lo cual detallaremos mas adelante).

Podemos citar un tipo de acuerdo, promovido por el INRA o el Defensor del Pueblo: la reintegración. Cuando familias o comunidades campesinas, por diferentes motivos, no pudieron hacer valer sus derechos, o estos no fueron respetados, en el momento de la ejecución del saneamiento para la titulación de una TCO, se promueve un acuerdo de convivencia pacífica mediante el cual los indígenas de la TCO y la familia o comunidad se comprometen a respetar mutuamente los límites de superficie de tierra ocupada por ésta<sup>606</sup>. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo conoció del caso de una familia campesina que llevaba muchos años viviendo y trabajando en un terreno ubicado dentro de un territorio guaraní antes de que fuera titulado como TCO, pero ningún miembro de la familia se había apersonado durante las pericias de campo del saneamiento. La Asamblea del Pueblo Guaraní<sup>607</sup>, con el título de TCO, manifestó que, como la convivencia se había hecho sin mayores inconvenientes, no tenía la

---

<sup>600</sup> Cartilla *Las Tierras Comunitarias de Origen*, Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, Bolivia, p.33.

<sup>601</sup> Artículo 51 de la Ley INRA, *supra*.

<sup>602</sup> Entrevista con J. F. TAPIA GARCÍA (INRA), *supra*.

<sup>603</sup> *Ibíd.*

<sup>604</sup> Entrevista con E. MULLUCUNDO (Defensor), *supra*.

<sup>605</sup> *Ibíd.*

<sup>606</sup> Programa de pueblos indígenas, originarias y comunidades campesinas – Protocolo de procesamiento de casos sobre tierra territorio, *op. cit.*, p.11.

<sup>607</sup> La Asamblea del Pueblo Guaraní (APG) Nacional, es la instancia orgánica máxima, representativa del pueblo guaraní, y es reconocida como tal por las organizaciones de base, como lo demuestra la investigación de FERNÁNDEZ (*op. cit.*; p.61). Surgió en 1987 como espacio de articulación y lucha por los derechos (*Ibíd.*, p.14). Está liderada a nivel nacional por un Directorio (encabezado por un presidente o capitán grande) y está organizado a nivel regional y local en capitánías, zonales y comunales respectivamente (*Ibíd.*, p.15).

intención de expulsar a la familia, sin embargo no quería que la familia siguiera avanzando más allá de los límites del terreno que habían ocupado hasta entonces<sup>608</sup>. Así se concluyó el acuerdo que permitía a la familia quedarse en la TCO sin ir mas allá de los límites establecidos.

Varias ONGs o asociaciones ofrecen también su apoyo a las comunidades para anticipar los conflictos que podrían surgir en el curso del saneamiento e intentar solucionarlos de forma previa, realizando una forma de saneamiento interno, privado, que permite gestionar los conflictos internos entre parcelas, linderos al interior de la comunidad como inter-comunales, y también promover la equidad en el acceso a la tierra en relación con grupos mas excluidos (mujeres, jóvenes y ancianos)<sup>609</sup>.

## **B. Gestión interna de los conflictos intra o intercomunidades**

En las comunidades, en forma general y pese a la falta de claridad en la documentación formal de la tenencia de tierras, los linderos suelen respetarse, tanto entre parcelas como entre comunidades<sup>610</sup>. De presentarse conflictos, se tratan dentro de la familia y casi nunca llegan al ámbito de la organización<sup>611</sup>.

En los ayllus, se dan conflictos a veces por invasión de ganado a terrenos colindantes, otras veces, y mas frecuentemente, por remoción de mojones. Se cuenta con autoridades originarias específicas (wayraqas) encargadas de realizar rondas periódicas de mojones, para que los límites territoriales de los ayllus y las comunidades colindantes sean respetados<sup>612</sup>. Si constatan usurpación del territorio, la hacen conocer al mallku quien convoca a las autoridades de las comunidades implicadas para arreglar las diferencias.

En los ayllus, las autoridades originarias avalan y legitiman las transacciones, luego de su consulta y presentación en reunión comunal. Son casi-inexistentes los conflictos entre comunarios y los pocos que se presentan son solucionados en este

---

<sup>608</sup> *Ibid.*

<sup>609</sup> Por ejemplo forma parte de la labor llevada a cabo por la Fundación TIERRA (Véanse su página [www.ftierra.org](http://www.ftierra.org)). Entrevista con W.SOTO (Fundación TIERRA), *supra*.

<sup>610</sup> M. DEVISSHER, *supra*, p. 105.

<sup>611</sup> *Ibid.*

<sup>612</sup> *Íd.*, pp. 105-106.

ámbito; generalmente se firma un acta de conciliación y conformidad (que se registra par evitar problemas posteriores)<sup>613</sup>.

Los estatutos de las comunidades campesinas no suelen contemplar asuntos vinculados a la tierra. La comunidad entera vigila y memoriza las transacciones y las decisiones. Los dirigentes sindicales están encargados de velar por el respeto a las decisiones comunales y a las prácticas familiares, y los pocos conflictos tratados terminan resolviéndose en la asamblea comunal<sup>614</sup>.

El orden jerárquico del proceso de solución de conflictos es, generalmente, el siguiente<sup>615</sup>:

- entre las partes del conflicto;
- si no se logra acuerdo, las partes acuden a la asamblea comunal para que ejerza de mediadora;
- si no se logra acuerdos en el ámbito comunal, el conflicto puede ser elevado a la organización comunal superior;
- si no hay solución, se acude a las autoridades estatales, sea la policía, el corregidor, el juez agrario, el INRA y otros.

Las sanciones que se aplican van desde el llamado de atención y las multas hasta la expulsión en casos extremos o de reincidencia.

La forma de abordar los conflictos está relacionada con la visión que suelen tener los indígenas del Derecho y de la justicia. El Derecho tiene como misión mantener la armonía entre todos los elementos y fuerzas de la Naturaleza de la que forman parte los seres humanos<sup>616</sup>. El objetivo de la justicia comunitaria es restituir ese equilibrio quebrado por alguna conducta que afecta la concepción de vida que tiene la comunidad indígena<sup>617</sup>. También tiene vocación educativa, y por eso participa toda la comunidad en las decisiones y la aplicación de las sanciones, inclusive los niños y niñas<sup>618</sup>. Pone de manifiesto que el indígena no es solo un sujeto individual sino también un sujeto colectivo<sup>619</sup>.

---

<sup>613</sup> *Ibíd.*

<sup>614</sup> *Ibíd.*

<sup>615</sup> *Ibíd.* Véanse a modo de ejemplo la descripción de los niveles de arreglos de conflictos en la organización guaraní, En K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal....*, p. 26.

<sup>616</sup> V. CABEDO, *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*, op. cit., p. 47.

<sup>617</sup> *Ibíd* y K. FERNÁNDEZ MONTAÑO, *En busca de la tierra sin mal....*, op. cit., p. 28.

<sup>618</sup> *Ibíd.*

<sup>619</sup> *Íd.*, p. 29.

### **C. Conciliación y concertación en la constitución de las autonomías**

El artículo 17 de la Ley Andrés Ibañez prevé que los conflictos de límites existentes entre municipios se resuelvan en la vía conciliatoria considerando criterios históricos y culturales, y que en caso de no existir acuerdo o conciliación, y agotado el trámite administrativo establecido en ley especial, los conflictos de límites existentes entre las unidades territoriales municipales de un mismo departamento y que no comprometan límites departamentales, se diriman por referendo, a solicitud del Órgano Ejecutivo del nivel central del Estado y a convocatoria de la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley, y son administrados por el Órgano Electoral Plurinacional.

Por otra parte, para consolidar el proceso de implementación de las Autonomías Indígena Originario Campesinas se creó la Coordinadora Nacional de las Autonomías Indígena Originario Campesinas (CONAIOC)<sup>620</sup>. Se trata de una organización sin fines de lucro, compuesta por 11 municipios en conversión de AIOC, y liderada por un directorio de 5 personas. Su máxima autoridad es la Asamblea Nacional, la misma puede reunirse de manera ordinaria y extraordinaria. Es una instancia de coordinación, consulta y concertación entre todas las AIOC<sup>621</sup>.

Su origen está en las implicaciones que tiene el proceso de conversión, que plantea un desafío para los pueblos mas asambleístas que llevan el proyecto, que se ven enfrentados a la construcción de un acuerdo normativo para su pueblo, debiendo incorporar las aspiraciones y reivindicaciones sociales, culturales y políticas de cada uno de sus miembros<sup>622</sup>. Ahora bien, ese proceso ha destapado visiones y percepciones diferentes acerca de la organización, formas de gestión y administración de los gobiernos indígenas, así como también cuestiones irresueltas y postergadas desde hace muchos años que tienen que ver con el desarrollo de sus territorios (por ejemplo temas complejos como la organización territorial, el diálogo entre la democracia comunitaria y la representativa, el reconocimiento de derechos de las

---

<sup>620</sup>Véanse el siguiente enlace <http://www.autonomia.gob.bo/portal3/content/¿qué-es-la-coordinadora-nacional-de-autonom%C3%AD-ind%C3%ADgena-originario-campesinas>

<sup>621</sup> *Ibid.*

<sup>622</sup> Informe interno de la Dirección General de Autonomía Indígena Originaria Campesina del Vice-Ministerio de Autonomía Indígena Originaria Campesina, op. cit., p.2.

“minorías”), y que también deben ser gestionados por los órganos deliberativos<sup>623</sup>. A esto, se le puede agregar conflictos actuales que tienen que ver por ejemplo con acciones en contra ruta de algunas autoridades municipales, que son transitorias y no quieren terminar su gestión antes de los cinco años. La CONAIOC interviene entonces para favorecer un espacio que permita superar los conflictos: se organizan mesas técnicas, visitas a los lugares, etc.

Al mismo tiempo se van construyendo acuerdos a nivel micro, de pequeños grupos de indígenas, a través de los cuales salen y se resuelven los conflictos históricos que estaban latentes<sup>624</sup>.

De lo anterior podemos concluir que la concertación aparece no solo como una vía para resolver los conflictos sino también un mecanismo tradicional para prevenirlos.

Los indígenas tienen una aproximación colectiva del conflicto y de la justicia en general. Un conflicto entre individuos o un acto contrario a las reglas de la comunidad afecta a toda la comunidad, y debe ser tratado por la comunidad. Se ha notado en ese capítulo la influencia de la concepción del conflicto en cuanto a la preferencia por la solución, dialogal, alternativa a la vía judicial, y a su prevención, que es parte de la regulación social.

---

<sup>623</sup> *Ibíd.*

<sup>624</sup> Entrevista con M. HIERBAS (Dirección General de Autonomía Indígena Originaria Campesina), *supra*.

### **CAPÍTULO III. LA LUCHA POR LOS DERECHOS**

Los pueblos indígenas tienen desarrolladas varias estrategias de lucha reivindicativa, cuyo elemento central son las acciones colectivas. El diálogo aparece como la herramienta transversal, y la que se antepone a acciones más radicales<sup>625</sup>.

Esas estrategias se realizan ocupando tres espacios: en primer lugar, la calle, a través de movilizaciones sociales e iniciativas de propuestas legislativas (I), en segundo lugar, el escenario político mediante la participación en la toma de decisiones (II) y, en tercer lugar los tribunales, usando los recursos legales existentes (III).

#### **I. ACCIONES COLECTIVAS Y PRODUCCIÓN NORMATIVA**

Las movilizaciones sociales -huelgas, bloqueos de caminos, marchas- son como llamadas de atención para forzar el diálogo, si éste no es posible porque los pueblos no son escuchados o no tienen escenarios para comunicar. No se busca el conflicto sino la regulación social a través del conflicto.

Las marchas juegan un papel especial porque rompen las relaciones de poder entre Estado y pueblo. La marcha masiva proporciona un contra-peso al poder estatal. Se desplaza, por lo que no cubre un espacio localizado, sino se mueve dentro del territorio nacional. Da a conocer las reivindicaciones a los demás ciudadanos en el camino, haciendo crecer también la masa de apoyo. El objetivo presentado de las marchas es “hacer bajar”<sup>626</sup> el poder al pueblo, es decir que los dirigentes vayan a sentarse con el pueblo sin esperar a que llegue a la capital estatal. De no producirse, el pueblo subirá al poder, es decir que los marchistas seguirán marchando hasta la capital, teniendo siempre como objetivo hablar directamente con el Presidente, y ninguna otra persona en su lugar. Otro tipo de movilización son las convocatorias de cabildos (reuniones grandes de los sectores con consulta pública), de reuniones en las comunidades<sup>627</sup>, o con los Ministerios<sup>628</sup>.

---

<sup>625</sup> Entrevistas con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra; y Rosa (“Bartolinas Sisa”), supra.

<sup>626</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>627</sup> *Ibíd.*

Esas movilizaciones son el reflejo de la cultura indígena: no descansar, no retroceder, no renunciar, exigir, seguir luchando<sup>629</sup>. Suelen coincidir con hitos concretos como la aprobación de una nueva ley por ejemplo, y a menudo se acompañan de propuestas de ley que son sometidas a las comisiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional (que también cuenta con una Comisión de Naciones y Pueblos Indígenas Originarios Campesinos, Culturas e Interculturalidad).

Podemos citar a continuación los logros en relación con el derecho al territorio, recordando los ya mencionados.

Con la “Marcha por la Dignidad y el Territorio” de 1990, los pueblos de Bení, partidos de Trinidad marchando hacia La Paz, pedían que el Estado reconociera jurídicamente los derechos de los indígenas como Pueblos, su derecho al territorio y respete su dignidad<sup>630</sup>. Reclamaban los títulos de sus territorios que tradicionalmente ocupaban<sup>631</sup>. Lograron el apoyo de todos los bolivianos y bolivianas, y el reconocimiento legal de algunos territorios indígenas mediante la publicación de 8 Decretos Supremos, entre otros el Parque Nacional Isoboro Sécore. Después de la marcha, la CIDOB presentó un anteproyecto de Ley Indígena al Poder Ejecutivo<sup>632</sup> (pero fue rechazado por el Congreso Nacional).

A pesar de esos primeros logros, los territorios reconocidos seguían ocupados por terceros, o explotados por empresas madereras, y no tenían títulos de propiedad, por lo que el reconocimiento legal no era suficiente para proteger y defender sus derechos<sup>633</sup>. Por otra parte, se desconocía el uso diversificado del territorio practicado por los indígenas de tierras bajas y el significado espiritual del entorno natural<sup>634</sup>. En 1996, la CIDOB convocó una segunda marcha de los pueblos del Oriente, la “Marcha por el Territorio, el desarrollo y la participación política”, para que la Ley INRA previera modalidades de titulación de los territorios indígenas. La Ley INRA aprobada reconoce, a través de la figura de Tierras Comunitarias de Origen (TCO), el derecho de los pueblos indígenas al acceso a la tierra en cantidad y calidad suficientes

---

<sup>628</sup> Entrevista con P. CALDERÓN ROSAS (CSCIB), supra.

<sup>629</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>630</sup> Cartilla Las Tierras Comunitarias de Origen, op. cit., p.12.

<sup>631</sup> *Ibid.*

<sup>632</sup> Fundación TIERRA, Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama, op. cit., p.13.

<sup>633</sup> Cartilla Las Tierras Comunitarias de Origen, op. cit., p. 12.

<sup>634</sup> INRA, Breve Historia del Reparto de Tierras ..., op. cit., p. 39.

para permitir su reproducción biológica, económica, social, cultural y política<sup>635</sup>. Revisa el proceso de dotación de tierras. Pone en marcha un proceso de perfeccionamiento en el saneamiento de la propiedad agraria. Reconoce los territorios indígenas ya existentes otorgándoles título de propiedad, como TCO.

En el 2000, la Coordinadora de Pueblos étnicos de Santa Cruz, el pueblo Mojeño y otros pueblos de la Amazonía emprendieron una “Marcha por la Tierra, el Territorio y los Recursos Naturales” para exigir la aplicación del saneamiento y dotación de tierras. Con ese mismo objetivo y para que se aprobaran modificaciones a la Ley INRA, las organizaciones indígenas, campesinas y comunidades interculturales se unieron en la “V Marcha por la Defensa Histórica de los Territorios Indígenas” en el 2006. El mismo año se aprobó la Ley N°3545 de Reconducción de la Reforma Agraria.

En 2002, los movimientos indígenas originarios y campesinos marcharon desde Santa Cruz a La Paz para exigir la convocatoria a la Asamblea Constituyente, el respeto y la constitucionalización de los derechos de los pueblos indígenas<sup>636</sup>. En 2006, el Presidente Evo Morales recién electo convocó a una Asamblea Constituyente y a elecciones de constituyentes. La elaboración del nuevo texto constitucional duró dos años, con una fuerte involucración de los pueblos indígena originario campesinos y resultados visibles en los derechos constitucionalizados (derechos colectivos de los pueblos indígenas, inclusión de los derechos de la mujer<sup>637</sup>, cantidad máxima de tierra para los empresarios rebajada a 5000 hectáreas<sup>638</sup>, reconocimiento del derecho al agua, etc.).

Asimismo podemos citar las marchas por la Defensa del TIPNIS. En varias ocasiones los pueblos indígenas de Oriente marcharon por defender el TIPNIS, y por que se respetaran las garantías de la propiedad colectiva reconocida a los pueblos del TIPNIS, es decir su carácter indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable, irreversible e intangible.

---

<sup>635</sup> *Ibíd.*

<sup>636</sup> Fundación TIERRA, Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama, op. cit., p.13.

<sup>637</sup> Gracias a la CNMCIQB “Bartolinas Sisa”.

<sup>638</sup> Demandada en particular por la CSCIB.

La VIII Marcha salió desde Trinidad<sup>639</sup> el 15 de agosto de 2011, hacia La Paz, con mil quinientos (1.500) indígenas y una plataforma de trece (13) demandas (incluidos cuatro puntos relacionados con el territorio: la defensa del TIPNIS, el tema Tierra-territorio, el desarrollo normativo y el derecho a la consulta, y la autonomía indígena)<sup>640</sup>. Tras recorrer seis cientos (600) kilómetros durante sesenta y seis (66) días<sup>641</sup> enfrentar varios fracasos de intentos de diálogo con el Gobierno durante la marcha, accidentes y muertes, una represión policial inesperada en Chaparina el 25 de septiembre, dos mil quinientos (2.500) indígenas llegaron a la Paz -mil (1.000) indígenas se habían sumado a la marcha en el camino- con tres (3) demandas más, apoyados por numerosos ciudadanos (hombres y mujeres de todas edades y orígenes: tanto nacionales, como extranjeros, universitarios, trabajadores, políticos, curas y monjas, ect.)<sup>642</sup>. Como no fueron recibidos por el Presidente, que se había ausentado antes de la llegada, los dirigentes permanecieron en La Paz hasta conseguir reunirse con el Presidente y firmar unos acuerdos<sup>643</sup>, que desembocaron en la Ley N°180.

La IX Marcha partió de Trinidad el 27 de abril de 2012, con motivo de la aprobación de la Ley N°222 consulta a los pueblos del TIPNIS. Los marchistas llegaron a La Paz el 27 de junio de 2012, tras caminar seis cientos (600) kilómetros durante sesenta y dos (62) días<sup>644</sup>. Aunque no tuvo tanto éxito como en la VIII Marcha, permitió a los indígenas seguir dando voz a sus reivindicaciones, defender sus derechos territoriales y mostrar su desacuerdo con una ley y una política que les afectan.

Cabe señalar que no solo lograron el apoyo de los ciudadanos, sino también de otros indígenas en el mundo, como lo demuestra por ejemplo el pronunciamiento de las organizaciones indígenas presentes en la Cumbre de los Pueblos, paralela a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20 del 20-22 de junio de 2012.<sup>645</sup> Adicionalmente a la marcha, varias comunidades del TIPNIS

---

<sup>639</sup> Capital de Beni, en el Oeste de Bolivia.

<sup>640</sup> Fundación TIERRA, *Marcha Indígena por el TIPNIS. Lucha por en defensa de los territorios*, Fundación TIERRA, La Paz, 2012, pp.174 y 11.

<sup>641</sup> *Íd.*, p.11.

<sup>642</sup> *Íd.*, p.174.

<sup>643</sup> *Íd.*, p.153. Las reuniones tuvieron lugar en el Palacio del Gobierno los días 22 y 23 de octubre.

<sup>644</sup> IWGIA, “Bolivia: La IX marcha llega a La Paz”, *op cit.*

<sup>645</sup> Las organizaciones indígenas de los cinco continentes, presentes en la Cumbre de los Pueblos Río+20, tras escuchar a representantes de la IX Marcha Indígena, mediante pronunciamiento público expresan: “*Todo el apoyo, solidaridad a la IX Marcha Indígena Originaria en la lucha que han decidido emprender para defender sus vidas y su territorio, puesto que sin territorio no hay vida como*

organizaron bloqueos, prohibiendo el paso a las brigadas de consulta del Gobierno, como forma de protesta contra el desarrollo de la consulta en condiciones que consideran vulneran sus derechos y lo establecido en Ley N°180.

El no descansar significa también no conformarse con un logro, como es el del texto constitucional, sino buscar la efectividad de lo conseguido<sup>646</sup>. En efecto, los cambios traídos por la nueva Constitución del Estado, suponen la revisión o adopción de muchas leyes para efectivizar su contenido. Las distintas organizaciones indígenas, en algunos casos con el apoyo técnico de organizaciones de la sociedad civil trabajan en la elaboración de propuesta de leyes (ley sobre la consulta previa, ley de bosques y ley de minerías), que luego someten al Ministerio o comisión parlamentaria pertinente para su discusión.

Otra manifestación de la participación de los pueblos indígenas a la producción normativa es su lucha por la adopción de una legislación específica sobre la Madre Tierra que la reconozca como sujeto de derecho, crea un mecanismo para su defensa, y que también proponga un modelo económico alternativo y promueva la creación de un espacio participativo, de dialogo intercultural entre las instancias del Estado y los pueblos indígenas. De esa lucha nacieron dos leyes: la Ley N°71 de Derechos de la Madre Tierra y la Ley N°300 Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien, aunque esa última con un resultado mas controvertido. Podemos recalcar que ambos textos recogen una propuesta formulada por el Pacto de Unidad que es el establecimiento de un mecanismo de defensa y protección de los derechos de la Madre Tierra a través de la Defensoría de la Madre Tierra, que se ve atribuida la misión de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra<sup>647</sup>. Aunque la responsabilidad de

---

*pueblo indígena*". Asimismo, "Piden al Estado Plurinacional de Bolivia atienda sus demandas, en especial cumpla la Ley N° 180 de protección de TIPNIS y evite atravesarlos con la Carretera Villa Tunari-San Ignacio de Mojos respetando al mismo tiempo las decisiones que, en ejercicio a la libre determinación de los pueblos que habitan ese territorio, han definido. Disponga la abrogación de la Ley N° 222/12 de 1 de febrero y desista definitivamente de llevar adelante el proceso establecido por la indicada norma, puesto que contradice los instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas de los cuales Bolivia es signataria. Atienda las demandas de la plataforma que plantea la IX Marcha, puesto que a través de ellas podrá encontrar el rumbo en el camino del cambio y la transformación que la delegación boliviana viene manteniendo en los escenarios internacionales". Véanse: CEJIS, Boletín Informativo N° 58 de la IX Marcha Indígena, CEJIS. Disponible en: <http://www.cejis.org/node/614>.

<sup>646</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>647</sup> Artículo 38.

defender a la Madre Tierra recae en cada boliviano<sup>648</sup>, la creación de una institución de este tipo ofrece un mecanismo para recibir acciones colectivas de defensa. Si bien la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien reitira su instauración, no hay todavía desarrollos normativos al respecto. Para evitar cualquier tipo de manipulación habrá que ser cuidadoso con la designación de la(s) persona(s) que represente(n) a la Defensoría<sup>649</sup>.

Por fin, podemos señalar que son los indígenas quienes redactan sus propios estatutos en el marco del proceso de autonomías (aunque con asesoramiento del Ministerio de Autonomías, o asociaciones de la sociedad civil).

Lo anterior demuestra que de modo adicional a los textos, que reconocen derechos y prescriben obligaciones, está la acción colectiva de los indígenas, que consiste en movilizar esos derechos, introducir cambios en las normas reconocidas, abrogarlas o introducir nuevas normas.

## **II. PARTICIPACION EN LA TOMA DE DECISIONES**

Otra estrategia de los indígenas consiste en “tomar el poder”<sup>650</sup>, construyendo una institucionalidad indígena<sup>651</sup>, y ser partícipe de un dialogo institucional e intercultural.

### **A. Construcción de una institucionalidad indígena**

La construcción de una institucionalidad indígena pasa por la formación de una fuerza política capaz de ingresar la asamblea constituyente, y por acceder a puestos claves en el Gobierno<sup>652</sup>. También supone capacitar a líderes y requiere crear alianzas.

---

<sup>648</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), *supra*.

<sup>649</sup> *Ibíd.*

<sup>650</sup> *Ibíd.*

<sup>651</sup> Entrevista con C. MAMANI (Foro permanente sobre cuestiones indígenas de Naciones Unidas, *supra*.

<sup>652</sup> *Ibíd.*

## 1. Participar en el proceso constituyente

El primer paso hacia una institucionalidad indígena fue la formación del Pacto de Unidad por las organizaciones indígenas. Esa unión, que representa una fuerza colectiva, estaba destinada a facilitar el ingreso de los líderes de las organizaciones como asambleístas por un lado, y generar propuestas para la nueva Constitución vinculadas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas originario campesinos<sup>653</sup>.

El llamado proceso constituyente empezó en julio de 2006 una vez electos los doscientos cincuenta (255) miembros<sup>654</sup>. La Asamblea constituyente se dividió en veintiuna (21) comisiones de trabajo. Los pueblos indígenas, originarios y campesinos sometieron una propuesta colectiva de Constitución a través del Pacto de Unidad. En aquél momento la Asamblea solo contaba con un decálogo. El MAS asumió la propuesta del Pacto de Unidad en cuanto a estructura<sup>655</sup>. Las mujeres hicieron también una propuesta (el 90% de esa propuesta quedó reflejado en la Constitución). PODEMOS hizo una propuesta de modificación de la Constitución vigente (relativos a mujeres, indígenas...). Se organizaron encuentros territoriales para recoger las demandas de la sociedad civil (ciudadanos individuales, entidades públicas, privadas y actores sociales organizados<sup>656</sup>), en particular en los municipios importantes, los conflictivos, y los fronterizos, con el propósito de enriquecer el proceso<sup>657</sup>. El 9 de diciembre de 2007 la APL aprobó un texto de 221 artículos, sometido al Congreso Nacional. Empezaron entonces unas negociaciones que desembocaron en varias modificaciones (en particular sobre tierra-territorio y recursos naturales, se recortaron disposiciones)<sup>658</sup>. El 20 de octubre de 2008 el texto salió a consulta soberana, y quedó aprobado por el pueblo boliviano el 25 de enero de 2009<sup>659</sup>. Al final el 40% de la propuesta del Pacto de Unidad fue volcado a la

---

<sup>653</sup> Entrevista con J. FERNÁNDEZ ESPEJO (Capítulo Boliviano de Derechos Humanos), supra.

<sup>654</sup> Ciento cuarenta y siete (147) eran del Movimiento Al Socialismo, MAS, el partido del Presidente. El partido PODEMOS tuvo sesenta (60), y los demás partidos o agrupaciones entre uno (1) y dieciocho (18) miembros. INRA., *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p.71.

<sup>655</sup> Entrevista con R. ZACONETA (Abogada), supra.

<sup>656</sup> INRA., *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p.72.

<sup>657</sup> Entrevista con R. ZACONETA (Abogada), supra.

<sup>658</sup> Ibid.

<sup>659</sup> INRA., *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p.71.

Constitución<sup>660</sup>. La nueva Constitución Política del Estado fue promulgada y publicada en la Gaceta Oficial el 7 de febrero de 2009<sup>661</sup>.

El Pacto de Unidad sigue activo, pero con fragilidad por haber sido confrontado a conflictos entre organizaciones y en el seno de las mismas, que surgieron con los acontecimientos relacionados con el TIPNIS.

## 2. Ocupar altos cargos

Otro aspecto de esa estrategia por los indígenas es acceder a puestos activos y decisorios en las esferas del poder, tanto ejecutivo (con puestos de ministros), como legislativo (con puestos de diputados), y judicial (con puestos de magistrados).

Si bien se han conseguido muchos avances para aumentar la representatividad indígena en los distintos poderes, en la actualidad los indígenas no ocupan muchos altos cargos en la función pública, en particular en el Poder Judicial<sup>662</sup>. Los no indígenas que ocupan esos puestos no suelen entender muy bien el significado, y por lo tanto el alcance, de lo que es el Estado plurinacional (por desconocimiento o falta de voluntad)<sup>663</sup>.

Para mejorar ese entendimiento de las culturas indígenas por parte de los no indígenas también haría falta que los indígenas tuvieran un espacio propio dedicado a la reflexión, la recopilación de normas y su traducción<sup>664</sup>. Asimismo sería necesario un escenario de debate para poder plantear y denunciar las violaciones de los derechos de los indígenas<sup>665</sup>.

Coincidiendo con NICOLAU<sup>666</sup>, entendemos que “la acción de los pueblos indígenas en el seno de las instancias nacionales es a la vez una necesidad política y un producto del etnocidio colonial”. La necesidad de alteridad conlleva los indígenas a colocarse en el terreno político de la cultura dominante para conseguir autonomía. No refleja asimilación sino una “forma de asumir los medios para un encuentro y una

---

<sup>660</sup> Entrevista con R. ZACONETA (Abogada), *supra*.

<sup>661</sup> INRA., *Breve Historia del Reparto de Tierras...*, op. cit., p.71.

<sup>662</sup> Entrevista con C. MAMANI (Foro permanente sobre cuestiones indígenas de Naciones Unidas), *supra*.

<sup>663</sup> *Ibíd.*

<sup>664</sup> *Ibíd.*

<sup>665</sup> Entrevista con V. MEDINACELI R. (CONAMAQ), *supra*.

<sup>666</sup> G. NICOLAU, *Ethnologie juridique...*, op. cit., p.178. Traducción libre.

alianza posible, situándose en el terreno del otro”. Esa “instrumentalización del político estriba siempre en la vivencia, auténtica e singular, de su identidad indígena”.

## **B. Encuentros interculturales y políticas públicas**

Otro mecanismo que permite influir en la toma de decisiones normativas son los Encuentros plurinacionales para participar en la elaboración de las políticas públicas. Esos encuentros impulsados por el Presidente, son innovadores, porque antes no existían espacios para formular propuestas y buscar consensos<sup>667</sup>. Consiste en el encuentro de todos los actores políticos (organizaciones indígenas, originarias, campesinas, sociales, vecinales y empresariales, y autoridades municipales, departamentales y nacionales del Poder ejecutivo) para compartir insumos y plasmarlos en una agenda nacional que suponga un mandato para el Gobierno<sup>668</sup>.

Del 12 al 14 de Diciembre de 2011 fue organizado en Cochabamba el primer Encuentro Plurinacional para profundizar el Cambio. Diez ejes temáticos constaban en el orden del día: Desarrollo económico, Industrialización e integración, Seguridad con soberanía alimentaria, Tierra, Salario, Empleo y estabilidad laboral, Seguridad ciudadana, Desarrollo legislativo, Autonomías y Comunicación. Participaron quinientos cincuenta y dos (552) personas de movimientos sociales, y noventa y ocho (98) invitados especiales. En total estuvieron presentes seis cientos cincuenta (650) personas, con la representación de cuarenta y nueve (49) organizaciones sociales acreditadas<sup>669</sup>. Fueron tratados los siguientes temas: la industrialización responsable, la diversificación de la producción agrícola para garantizar la seguridad soberanía alimentaria (capacidad de producir alimentos sanos y almacenarlos); las luchas contra la corrupción, el narcotráfico y la inseguridad ciudadana; el acceso y la regulación de medios de comunicación para que los ciudadanos tengan verdaderos informes; en relación con el tema Tierra, la actualización de los documentos (títulos), la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra (es decir que la tierra de una comunidad no pueda ser ni adjudicada, ni vendida, ni hipotecada); la redistribución responsable para aquellos que no tienen tierra con un programa de asentamiento humano (servicios

---

<sup>667</sup> Entrevista con P. CALDERÓN ROSAS (CSCIB), supra.

<sup>668</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>669</sup> Documento del Encuentro disponible en:

[http://www.comunicacion.gob.bo/comunicacion/server/noticias/2011-12-19/2011-12-19\\_separata%20encuentro\\_plurinacional\\_lineamientos.pdf](http://www.comunicacion.gob.bo/comunicacion/server/noticias/2011-12-19/2011-12-19_separata%20encuentro_plurinacional_lineamientos.pdf). Consultado en 2012.

basicos, viviendas, educación...); la soberanía alimentaria, centrándose en el agua (para garantizar un sistema de riego que permita la producción de alimentos) y en el suelo (para recuperar la fertilidad de la tierra); la mecanización responsable; la financiación para conseguir recursos<sup>670</sup>. Las propuestas, resultados del encuentro, fueron luego socializadas y debatidas a nivel departamental. La fase final del encuentro fue organizado del 9 al 11 de enero de 2012. Se debatieron las propuestas en mesas conforme a los ejes temáticos aprobados en diciembre. El encuentro concluyó con más de quinientas (500) propuestas y al menos setenta (70) proyectos de leyes para elaborar una nueva agenda económica, social y cultural<sup>671</sup>. Entre las conclusiones relacionadas con la Tierra se pueden destacar las siguientes: ejecución de la reversión de las tierras en manos de los extranjeros que no cumplan la función económico social; elaboración de una ley para el mercado de tierras con fijación de límites en la compra de predios en el territorio nacional para el caso de personas naturales o colectivas de otros países; calificación como delito del avasallamiento de la propiedad privada; reconocimiento de los derechos de la mujer en la distribución de terrenos<sup>672</sup>. Las propuestas fueron posteriormente debatidas por la Asamblea Legislativa Plurinacional. En el tema de avasallamientos por ejemplo, se aprobó en 2013 la Ley sobre avasallamiento y tráfico de tierras, que establece una pena de ocho (8) años de cárcel para quienes comentan esos delitos<sup>673</sup>.

Cabe notar que la CIDOB convocó a las naciones indígenas y las gobernaciones a un evento paralelo al de diciembre, un Encuentro Indígena, en Santa Cruz, con el propósito de elaborar una agenda de planificación sobre la base de las diferentes necesidades de los pueblos indígenas, con, como tema fundamental, el tema de tierras. El Presidente Morales, también invitado, no acudió. Un tema emblemático de la discrepancia entre los movimientos que asistieron al Encuentro convocado por el Gobierno y el convocado por la CIDOB fue el TIPNIS, siendo los primeros a favor de la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos (para promocionar el desarrollo productivo y la exploración y explotación de hidrocarburos en la región) y los segundos en contra.

---

<sup>670</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

<sup>671</sup> Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, “Concluye Encuentro Plurinacional para Profundizar el Proceso de Cambio con más de 500 propuestas”, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Noticias (En línea). Disponible en : [http://www.derechoshumanosbolivia.org/noticia.php?cod\\_noticia=NO20120111180003](http://www.derechoshumanosbolivia.org/noticia.php?cod_noticia=NO20120111180003)

<sup>672</sup> Ibid.

<sup>673</sup> Ley N°477 de 30 de diciembre de 2013.

Este caso y el del TIPNIS ponen de manifiesto los conflictos que oponen los indígenas entre sí y crea discrepancias y bloqueos a la hora de acordar reivindicaciones compartidas y emprender luchas comunes por sus derechos. Los intereses de cada grupo no siempre coinciden. Por ejemplo, no todas las organizaciones indígenas tienen el mismo interés por los derechos colectivos (el CONAMAQ y la CIDOB tienen más interés por los derechos colectivos<sup>674</sup>). El caso del TIPNIS refleja esas divisiones. Los interculturales y las comunidades campesinas critican a los indígenas por ocupar cantidades grandes de territorio, mientras ellos ocupan menos espacio, pero como sabemos eso se debe a una forma distinta de concebir y distribuir el territorio<sup>675</sup>. Lo mismo ocurre con los procesos de dotación de tierras de carácter colectivo a favor de los indígenas, que los interculturales y las comunidades indígenas quieren limitar por el mismo motivo.

A pesar de esas diferencias, se logró, gracias a esas estrategias, a una innegable incidencia política. Apuntan a influir, mediante la toma de decisiones y la construcción de un derecho adecuado, no solo en las condiciones de vida de los indígenas sino también de la sociedad en su conjunto.

### **III. ACCIONES DE DEFENSA Y RECURSOS LEGALES**

Una forma de hacer valer sus derechos es acudir a las instancias que lo permiten usando los recursos legales previstos en caso de vulneración de derechos.

En varias ocasiones, los indígenas han acudido a la Defensoría del Pueblo, a quien la Constitución atribuye el mandato de velar por el cumplimiento de las garantías y derechos individuales y colectivos, en particular los derechos humanos de los pueblos indígenas y originarios<sup>676</sup>, tutelados por la Constitución en relación a la actividad administrativa de todo el sector público<sup>677</sup>. Igualmente, han acudido al Tribunal Constitucional Plurinacional mediante las acciones de defensa establecidas por la Constitución.

---

<sup>674</sup> Entrevista con I. M. CHIVI VARGAS, Director General de Administración Pública Plurinacional, Vice-Ministerio de Descolonización, en La Paz, el 27 de diciembre de 2011.

<sup>675</sup> Entrevista con A. TERÁN (CEJIS), supra.

<sup>676</sup> Artículo 11.9 de la Ley N° 1818, del Defensor del Pueblo, supra., artículo 218.II. de la Constitución.

<sup>677</sup> Artículo 218.I. de la Constitución.

## A. Demandas ante la Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo, puede investigar y denunciar, de oficio o como consecuencia de una queja, los actos u omisiones que impliquen una violación de los derechos humanos; de las garantías, derechos individuales y colectivos establecidos en la Constitución, leyes, tratados y convenios internacionales aprobados por el Estado<sup>678</sup>. Está legitimada para poner una queja, toda persona natural o jurídica que se sienta afectada por actos y procedimientos administrativos arbitrarios, violaciones de derechos humanos u otros actos ilegales<sup>679</sup>. La Defensoría puede solicitar a las autoridades y servidores públicos información relativa al objeto de sus investigaciones sin que éstas puedan oponer reserva alguna. Igualmente puede formular recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de correctivos y medidas a todos los órganos de la administración de justicia<sup>680</sup>.

Los indígenas suelen acudir a la Defensoría del Pueblo para denunciar irregularidades y falta de transparencia en el proceso de saneamiento, despojos de haciendas como consecuencia del proceso de saneamiento (cuando no se ha probado la posesión de la tierra por cierto tiempo, se expropia a los que la ocupan por asentamiento ilegal), o por ausencia de consulta previa en proyectos de hidrocarburos o de infraestructuras<sup>681</sup>. En el 2011, el 4,65% de los casos orientados registrados tenían relación con la propiedad agraria, comunitaria o cooperativa<sup>682</sup>. Se desarrollaron algunas acciones defensoriales ante las instancias responsables del Estado en materia de reconducción de la política de tierra, quienes respondieron con reversiones o dotaciones de tierras por ejemplo<sup>683</sup>.

El caso del TIPNIS ya mencionado dio lugar a varias demandas por violación de los derechos de los pueblos indígenas (en particular consulta previa) e individuales (derecho a la integridad física y moral a raíz de la represión policial en la VIII marcha

---

<sup>678</sup> Artículo 11.2 de la Ley N° 1818, supra.

<sup>679</sup> Íd., Artículo 19.

<sup>680</sup> Íd., Artículos 11.3 y 11.4, y artículos 222.4 y 222.5 de la Constitución.

<sup>681</sup> Entrevista con E. MULLUCUNDO (Defensor), supra.

<sup>682</sup> Datos elaborados a partir de : Defensoría del Pueblo, *XIV Informe Anual a la Asamblea Legislativa Plurinacional Gestión 2011*, Defensoría del Pueblo, p. 48. Disponible en : <http://www.defensoria.gob.bo/>

<sup>683</sup> *Ibid.*

del TIPNIS). La Defensoría ejerció acciones en múltiples ámbitos, previas, durante y posteriores a la marcha, con el fin de aportar al establecimiento del diálogo entre las partes, prevenir la escalada del conflicto, evitar enfrentamientos violentos, proteger a los grupos vulnerables implicados, alertar a instancias gubernamentales sobre el deber de garantía a su cargo, proveer ayuda humanitaria a damnificados, así como denunciar firmemente atentados contra los derechos humanos<sup>684</sup>. A tal efecto, asistió a cabildos de los pueblos afectados, sostuvo entrevistas con pobladores que apoyaban la carretera, acompañó a la marcha mediante las Representaciones Departamentales de Beni, La Paz, Santa Cruz, la Mesa Defensorial de Yungas y la Oficina Nacional, realizando exhortaciones e invocatorias de protección de derechos a distintos niveles, tratando de propiciar el diálogo con el Gobierno; realizó gestiones ante el Presidente del Estado Plurinacional, el Vicepresidente, el Ministro del Gobierno y el Ministro de la Presidencia<sup>685</sup>. Posteriormente, en el 2013, la Defensoría abrió una mesa defensorial en el TIPNIS, para recibir denuncias sobre vulneración de los derechos de los pueblos que viven en el territorio.

Ya indicamos cuales fueron las conclusiones relativas al derecho a la consulta previa que comunicó la Defensoría en el informe correspondiente. A continuación haremos un resumen de las conclusiones relacionadas con las consecuencias de la intervención policial que tuvo lugar el 25 de septiembre de 2011, contra el campamento de los marchistas en Chaparina (entre Yucumo y San Borja). Los policías presentes en el lugar, y en alerta por un bloqueo organizado en Yucumo por colonizadores para impedir el avance de los marchistas, y que podía llevar a enfrentamientos, iniciaron un operativo contra el campamento de los marchistas, quienes estaban descansando en ese momento, con el propósito de dispersarlos y detener a los dirigentes<sup>686</sup>. Según el informe las acciones policiales realizadas afectaron las diversas dimensiones que componen el derecho a la integridad personal: la integridad física, fue menoscabada al ocasionar lesiones físicas de diversa magnitud e índole en hombres, mujeres, niños y niñas, adultos mayores (confirmadas por testimonios y certificados médicos forenses)<sup>687</sup>, inclusive mientras los detenidos

---

<sup>684</sup> Informe Defensorial respecto a la violación de los derechos humanos en la Marcha Indígena, op. cit., p.112, párr.8.

<sup>685</sup> *Ibid.*

<sup>686</sup> *Íd.*, pp. 21-25, y Fundación TIERRA, *Marcha Indígena por el TIPNIS*, op. cit., p.119-127.

<sup>687</sup> Informe Defensorial, p.62.

estaban indefensos y neutralizados<sup>688</sup>; la integridad psíquica y moral mediante acciones como las agresiones verbales que acompañaban las agresiones físicas (insultos discriminatorios y racistas hacia los indígenas entre otros) o omisiones como la desinformación practicada sobre los lugares de detención, o la ausencia de atención, en particular a mujeres y niños<sup>689</sup>. La Defensoría del Pueblo observa que muchas de esas agresiones físicas, psíquicas y morales provocadas por los efectivos policiales, en la intervención del 25 de septiembre, tenían por objeto producir en las víctimas no sólo dolor físico, sino además sentimientos de miedo, angustia, inferioridad, humillación, de tal forma que mediante dichos actos, se quiebre su resistencia física o moral<sup>690</sup>. Por lo anterior expresado concluye que esos actos, que suponen un uso desproporcionado de la fuerza y un menosprecio por las personas, son calificables de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y en algunos casos incluso de tortura, al haber sido realizados por efectivos policiales en ejercicio de sus funciones y en el marco de un operativo ilegal e injustificado, para intimidar, coaccionar, castigar, discriminar a los marchistas, en particular madres embarazadas o con niños/as lactantes, niños y niñas. Por otra parte, añade que se infringieron las normas nacionales e internacionales que rigen las restricciones de libertad, y las formas establecidas en la normativa constitucional y legal vigente para proceder a una detención legal<sup>691</sup>. En efecto, no existía ninguna orden emanada por una autoridad competente ni la comisión de un delito flagrante<sup>692</sup>. La intervención policial del 25 de septiembre de 2011, no fue realizada en virtud de un mandato u orden judicial de captura de personas identificadas e individualizadas por la supuesta comisión de un hecho ilícito y que determine la restricción del derecho a la libertad personal<sup>693</sup> (el Requerimiento del Ministerio Público, emitido por el Fiscal de Materia del Distrito de La Paz, Edwin Sarmiento, disponía únicamente recolectar elementos de convicción, por lo que ese requerimiento no era suficiente). En el momento del operativo los marchistas estaban descansando y realizando actividades domésticas en el campamento<sup>694</sup>. Además de detención ilegal y arbitraria, se incumplieron las obligaciones de custodia de las personas ya detenidas, tratando a éstas en condiciones

---

<sup>688</sup> *Íd.*, p. 66.

<sup>689</sup> *Íd.*, pp. 63-64.

<sup>690</sup> *Íd.*, p. 66.

<sup>691</sup> *Íd.*, p. 73.

<sup>692</sup> *Ibíd.*

<sup>693</sup> *Íd.*, p. 115.

<sup>694</sup> *Ibíd.*

incompatibles con su dignidad personal<sup>695</sup>. También sostiene que fue violada la libertad de tránsito, cuando ciudadanos denominados interculturales iniciaron un bloqueo para impedir el paso de la marcha, y que, bajo ese motivo, la Policía Boliviana realizó un cerco, cuando debía tener como finalidad asegurar el ejercicio de la libertad de tránsito o circulación de los indígenas que se veía obstaculizado por una acción arbitraria y discrecional de un grupo de colonizadores y no, como recalca la Defensoría, constituirse en un medio para limitar derechos apoyando acciones ilegales, sobre todo considerando que la marcha tenía un carácter pacífico<sup>696</sup>. Frente a esta situación las autoridades debían tomar medidas para precautelar la vida, la integridad física y la seguridad de las personas, fundamentalmente de niños, niñas y mujeres embarazadas, así como los demás derechos y garantías consagrados en la Constitución<sup>697</sup>.

Cabe señalar que, en virtud de los artículos 11. 2 de la Ley N°1818 del Defensor del Pueblo y 222.1 de la Constitución, la Defensoría también puede interponer las acciones de defensa previstas por la Constitución, sin necesidad de mandato (Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad). Asimismo, los pueblos indígenas están también legitimados para interponer algunas de esas acciones, individual o colectivamente, y veremos a continuación que han sabido usar esas herramientas para defender sus derechos.

## **B. Acciones de defensa constitucionales**

Las acciones de defensa que pueden ser interpuestas por los ciudadanos y que tienen particular relevancia para el tema que nos ocupa son: la acción de amparo constitucional, la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Como parte de la estrategia de defensa del TIPNIS, los indígenas utilizaron esos mecanismos, con la idea de agotar todos los recursos disponibles.

---

<sup>695</sup> Íd., p. 76.

<sup>696</sup> Íd., p.68.

<sup>697</sup> Íd., p. 115.

## **1. Acción de Inconstitucionalidad**

Conforme al artículo 132 de la Constitución, toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley. El artículo 73 del Código procesal constitucional define dos modalidades en función del tipo de norma recurrida. Si la acción apunta una ley, un estatuto autonómico, una carta orgánica, un decreto, una ordenanza o todo género de resolución no judicial, es de carácter abstracto. Si se trata de un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad de leyes, estatutos autonómicos, cartas orgánicas, decretos, ordenanzas y todo género de resoluciones no judiciales, la acción es de carácter concreto.

Recordemos lo explicado sobre la consulta del TIPNIS, dos diputados del MAS, Fabián II Yaksic Feraudy y Miriam Marcela Revollo Quiroga, interpusieron una acción de inconstitucionalidad abstracta contra la Ley N°222 de consulta a los pueblos del TIPNIS. El Tribunal Constitucional Plurinacional condicionó su constitucionalidad al establecimiento de una concertación con los pueblos indígenas del TIPNIS para desarrollar el proceso de consulta.

## **2. Acción de Amparo Constitucional**

La Acción de Amparo Constitucional establecida por los artículos 128 y ss. de la Constitución y los artículos 51 y 52 del Código Procesal Constitucional legitiman a toda persona, natural o jurídica, para recurrir actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, y que la afectan.

A raíz de varios sucesos en relación con el TIPNIS, el 25 de julio de 2012, Fernando Vargas Mosua, en representación de la Subcentral del TIPNIS, interpuso una acción de amparo constitucional contra varios Ministros (entre otros, el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda), los presidentes de las cámaras del Congreso y del Tribunal Supremo Electoral, y Vocales de dicho Tribunal. Los hechos que motivaron esa acción fueron los siguientes: la sentencia constitucional 0300/2012 que obliga el Estado a establecer un diálogo con los pueblos indígenas del TIPNIS

para que a partir de la concertación se desarrolle la consulta; la organización de brigadas de consulta por el Gobierno; las acciones policiales del 27 de junio de 2012 contra la IX Marcha en Defensa del TIPNIS llegada a La Paz. En el memorial de demanda, Fernando Vargas alega que las autoridades demandadas incurrieron en la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión; a ser consultados mediante procedimiento apropiado, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles; a la consulta previa, informada e obligatoria, realizada por el Estado de buena fe y concertada; a la vida y a la integridad física, psicológica y sexual; a expresar y difundir libremente sus pensamientos u opiniones, a la dignidad y la libertad; a la petición; a la autonomía; al Medio Ambiente saludable, protegido y equilibrado; a la garantía que el Estado otorgue protección y reconocimiento de la propiedad comunitaria o colectiva que comprende el territorio indígena originario campesino; a la integralidad del pueblo indígena; a la tierra<sup>698</sup>. Solicita que se conceda la tutela de esos derechos, y se determine: a) El cumplimiento de la concertación respecto a: “[...] establecer el contenido del proceso de consulta y sus procedimientos”, la nulidad de todos los actos administrativos adoptados e implementados por el Órgano Ejecutivo, en vulneración al punto 3° de la parte resolutive de la SC 0300/2012; b) El reconocimiento, para todo efecto, de las autoridades indígenas legítimamente elegidas por los pueblos que conforman la Sub Central TIPNIS, como titular del derecho propietario del Territorio Indígena Isiboro Sécore; c) El reconocimiento de las instancias representativas y estructuras organizativas propias de los pueblos Yuracaré, Mojeño-Trinitario y Tsimane, que conforman la Subcentral TIPNIS; y, d) Que se garantice a autoridades indígenas originarias legítimamente elegidas y a sus pueblos, el ejercicio del derecho a la libre expresión y a difundir información veraz, libre, oportuna y democrática, así como a desplazarse libremente por el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore<sup>699</sup>.

Tras haber sido rechazada por el Tribunal de Garantías<sup>700</sup>, por carencia de legitimación activa e improcedencia in limine, la acción fue finalmente admitida tras su revisión por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional

---

<sup>698</sup> Véanse Auto Constitucional 0140/2012-RCA, de 28 de agosto de 2012, párr. I.2.

<sup>699</sup> Íd., párr. I.3.

<sup>700</sup> Resolución 023/2012 de 3 de agosto de 2012, pronunciada por la Sala Civil Primera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

que revocó la Resolución de rechazo de la acción<sup>701</sup>. La acción está pendiente de resolución. Sin embargo, es interesante destacar una observación de la Comisión del Tribunal sobre la distinción entre el objeto de la acción de amparo constitucional y el de la acción de libertad (el Tribunal de Garantías fundamentó la improcedencia en la inadecuación del objeto de la acción que no correspondía a la acción de amparo sino de libertad). En efecto, la Comisión observa que la acción de libertad busca “la defensa de la libertad individual, entendida como libertad física o corporal, frente a un arresto o detención indebida, y puede en esas circunstancias proteger el derecho de locomoción individual, mientras que si se trata del derecho colectivo de desplazamiento, como es el caso presentado en la acción (en referencia al cuarto petitorio), se acoge a los supuestos previstos para la acción de amparo constitucional”.

### **3. Acción popular**

A diferencia de las demás acciones de defensa antes descritas, la Acción Popular, contemplada en el artículo 135 de la Constitución, está enfocada en la protección de determinados bienes jurídicos. Apunta actos u omisiones de las autoridades o de las 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 la Constitución. Puede ser interpuesta por cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad y, con carácter obligatorio, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos<sup>702</sup>.

Paralelamente a la acción de amparo constitucional interpuesta por Fernando Vargas, Presidente de la Subcentral del TIPNIS, Rafael Quispe Flores, ex dirigente aymara del CONAMAQ, interpuso una acción popular contra el Ministro de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, Vladimir Sánchez Escobar, y el Ministro de Medio Ambiente y Agua, Felipe Quispe Quenta<sup>703</sup>. Fundamenta su acción en los siguientes hechos: a pesar de haberse dispuesto en la SC 0300/2012 emitida por el Tribunal

---

<sup>701</sup> Auto Constitucional 0140/2012-RCA, de 28 de agosto de 2012.

<sup>702</sup> Artículos 136 de la Constitución, y 69 del Código procesal constitucional.

<sup>703</sup> Memorial presentado el 27 de julio de 2012.

Constitucional que la consulta del TIPNIS sea previamente concertada, no se ha elaborado un protocolo de consulta de forma conjunta y acordada con todos los pueblos indígenas<sup>704</sup>. Por lo tanto, de esa omisión, y de los actos de consulta realizados por el Gobierno, resultan no solo una vulneración del 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, sino también de los derechos de los pueblos indígenas a la democracia comunitaria, petición, ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión<sup>705</sup>. Como consecuencia, Rafael Quispe solicita que se conceda la tutela solicitada y se ordene la anulación de todos los actos administrativos que tiendan a violar o amenazar los derechos e intereses colectivos relacionados con el objeto de la acción, hasta que se cumpla con la constitucionalidad condicionada establecida en la SC 0300/2012, y se garantice a las autoridades indígenas originarias legítimamente elegidas y a sus pueblos, al ejercicio del derecho a la libre expresión y a difundir información veraz, libre, oportuna y democrática, así como desplazarse libremente por el TIPNIS<sup>706</sup>.

La acción fue rechazada por el Tribunal de Garantías<sup>707</sup>, por improcedencia in limine, pero fue finalmente admitida tras su revisión por la Comisión de Admisión del Tribunal Constitucional Plurinacional que revocó la Resolución de rechazo de la acción<sup>708</sup>. La acción está pendiente de resolución.

Por otra parte, un grupo de ciudadanos y ciudadanas interpusieron una acción popular contra la post consulta realizada por el Gobierno, motivada por la protección del Medio Ambiente<sup>709</sup>. En efecto, los accionantes alegan que al decidir de construir la carretera que une Villa Tunari con San Ignacio de Moxos, atravesando el centro del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécure, y querer proseguir la consulta en ese sentido, a pesar de ser el TIPNIS Área Protegida y que los resultados de la evaluación ambiental estratégica del TIPNIS (EAEA-2011) estiman posibles impactos ecológicos negativos, las autoridades accionadas han incurrido en actos y

---

<sup>704</sup> Véanse Auto constitucional 0141/2012-RCA, de 28 de agosto de 2012.

<sup>705</sup> *Ibíd.*

<sup>706</sup> *Ibíd.*

<sup>707</sup> Resolución 026/2012 de 3 de agosto, pronunciada por la Sala Civil Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de La Paz.

<sup>708</sup> Auto constitucional 0141/2012-RCA, *supra*.

<sup>709</sup> Auto constitucional 0197/2012-RCA, de 11 de noviembre de 2012.

omisiones que vulneran y amenazan con lesionar sus derechos e intereses colectivos a un Medio Ambiente saludable, protegido y equilibrado, participar de la gestión ambiental y a ser previamente consultados e informados sobre decisiones (legales, no prohibidas expresamente por ley), que pudieran afectar la calidad del Medio Ambiente, reconocidos por la Constitución (artículos 33 y 385), la Ley de Medio Ambiente (artículos 60 a 63) y el Reglamento de las Áreas Protegidas (el artículo 23).

Entre los riesgos o perturbaciones actuales o previsibles más significativas presentados por los accionistas están: la colonización no planificada ni controlada por parte de grupos humanos ; la expansión no planificada de actividades agropecuarias ; la invasión del Área Protegida y Territorio Indígena ; la Pérdida de territorio y de identidad cultural de los grupos indígenas ; la construcción de vías de comunicación y asentamientos humanos, ambas ilegales ; las actividades de exploración hidrocarburífera ; la perturbación de flujos hídricos de superficie y freáticos (aguas subterráneas) ; la contaminación de aguas y suelos ; la extracción no controlada y no sostenible de recursos naturales: extracción maderera, cacería y pesca ilegales ; la deforestación y destrucción de ecosistemas ; la erosión y pérdida de suelos y biodiversidad. Igualmente, fue declarada improcedente por el Tribunal de Garantías<sup>710</sup>, cuya resolución fue revocada por el Tribunal Constitucional<sup>711</sup>. La acción está pendiente de resolución.

Por consiguiente son varias las acciones constitucionales interpuestas en defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Se están convirtiendo en una herramienta mas para la lucha por los derechos.

Junto con las demandas ante la Defensoría del Pueblo, estas acciones demuestran que los indígenas acuden a los tribunales o órganos establecidos para la protección de derechos, con el propósito de hacer valer los derechos reconocidos en los textos o denunciar vacíos legales, y que, por lo tanto, movilizan el derecho.

Vimos como, de forma general, todas las estrategias de lucha antes expuestas contribuían a la construcción del derecho.

A lo largo de esa primera parte, hemos podido comprobar que los indígenas, a fuerza de lucha, ocupando tanto el espacio civil como el espacio público, han logrado

---

<sup>710</sup> Resolución 59/2012 de 8 de octubre de 2012.

<sup>711</sup> Auto constitucional 0197/2012-RCA, supra.

visibilizar su cultura e introducir cambios significativos en las normas que rigen la vida en sociedad, no solo a su favor como pueblos sino también a favor del “vivir juntos”.

Con ese cambio aparece un nuevo sujeto de derecho, como sujeto colectivo, los pueblos indígena originario campesinos, titular del derecho al territorio cuyo contenido es plural y va mas allá del derecho de propiedad colectiva de la tierra (incluye el derecho a la tierra, el derecho al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, el derecho a la consulta previa e informada y a la participación, el derecho al autogobierno y el derecho a la gestión territorial). Nos ofrece una aproximación distinta de la propiedad, con un uso especial de la tierra no meramente económico sino sociocultural, y nos lleva a repensar la definición del derecho de propiedad, como derecho colectivo. Su función es entonces la satisfacción de necesidades básicas colectivas, que son la autonomía y el autodesarrollo, así como la protección de un bien colectivo, que es el territorio, entendido como tierra y recursos naturales. Su titular es colectivo, con titulación compartida en algunos casos, como los sayañas de los ayllus que son parcelas de tierra de propiedad familiar individual dentro de un territorio cuyo titular es la comunidad. Su ejercicio puede ser colectivo o plural con tres niveles de ejercicio (familiar colectivo, familiar-individual, y colectivo) como es el caso de los aynocas de los ayllus.

Por otra parte, varios elementos de la cosmovisión indígena que conforman el Vivir Bien se ven convertidos en valores y principios constitucionales, rectores de las políticas públicas. Entre estos, el respecto a la Naturaleza que hace de la Madre Tierra a la vez un bien colectivo y un sujeto de derechos de los cuales se desprenden deberes para los ciudadanos y obligaciones para el Estado.

En la lucha por los derechos, los indígenas siguen una verdadera estrategia adaptada que consiste en acciones colectivas de defensa, y desempeñan un papel proactivo en la producción del derecho.

Hemos podido comprobar un proceso de aculturación del Derecho estatal por el Derecho indígena, e incluso de transculturación. Esa influencia es mutua porque el Derecho indígena también se transforma tras entrar en contacto con el Derecho estatal. En efecto, los indígenas llegaron a apropiarse conceptos ajenos a su cultura,

como el de propiedad o incluso el mismo concepto de derecho<sup>712</sup>, y ajustarlo a sus necesidades.

Los indígenas no solo proponen un proyecto político alternativo para el país sino también para el mundo. Por eso, nos lleva a ver, en una segunda parte, cuál es la influencia potencial, o comprobada según el caso, de las culturas indígenas en el Derecho internacional de los derechos humanos, lo que haremos a través del Medio Ambiente como hecho social total.

---

<sup>712</sup> K. FERNÁNDEZ explica como en las comunidades guaraní parte de los derechos se expresa a través del *ñande reko*, que es el modo de ser guaraní (actividades, acciones, principios, valores formas de organización, relaciones de producción que van entrelazando y matizando la vida cotidiana de los comunarios). *La Tierra sin mal...*, op. cit., p. 31.

**PARTE SEGUNDA. HACIA LA  
TRANSCULTURACIÓN DEL DERECHO  
INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE**

El Derecho internacional del Medio Ambiente no cuenta con un marco normativo general y uniforme, sino consta de una multitud de textos sectoriales<sup>713</sup>, elaborados a medida que surgía la necesidad de regular e imponer límites ante las distintas problemáticas ecológicas<sup>714</sup>.

En las últimas décadas del siglo XX, los Estados tomaron conciencia de una crisis ecológica, como resultado del modelo económico que habían desarrollado. El hito histórico importante fue la Cumbre de la Tierra, celebrada en Río en 1992, y que marcó un antes y un después. Se admitió la interdependencia entre individuo, sociedad y Medio Ambiente. Ya no se podían negar los límites del modelo cartesiano, basado en una separación entre el hombre y la Naturaleza y que atribuye poderes ilimitados a éste<sup>715</sup>. En la Declaración final del encuentro se reconoce que el empobrecimiento de la biodiversidad, necesaria para el desarrollo humano, es en parte el resultado de la actividad humana, y supone una amenaza para las generaciones futuras. Se ideó el concepto de Desarrollo sostenible, sin cuestionar el modelo capitalista y la economía de mercado.

Al mismo tiempo los pueblos indígenas bolivianos, junto con otros, constituidos en movimientos sociales transfronteras, han ido denunciando los mecanismos en los cuales se fundamenta ese modelo. El economista Giuseppe DE MARZO lo describe de forma muy clara: se trata de procesos de crecimiento basados en la acumulación de bienes, la apropiación y transformación ilimitada de los recursos del planeta<sup>716</sup>, que desembocan en una sobreproducción y superexplotación de las capacidades de la tierra<sup>717</sup>, lo que imposibilita la regeneración de sus bio-capacidades, afectando las condiciones de vida de todos los seres del planeta<sup>718</sup> (no solo humanos, sino también los animales, las plantas, etc.). Los pueblos indígenas

---

<sup>713</sup> Sería imposible estudiarlos todos, por lo que nos centraremos en los mas pertinentes para nuestra investigación.

<sup>714</sup> No entraremos en el detalle de los aspectos científicos, que podrían constituir un objeto de investigación en sí. Invitamos al lector a tomar conocimiento del análisis colectivo realizado bajo la dirección de Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI, titulado *Expertise et gouvernance du changement climatique*, publicado por la editorial LGDJ en 2009, y dedicado a la relación entre expertos, gobiernos o instancias internacionales y actores privados, y en especial al papel de los expertos y su influencia en la gestión del cambio climático (que nos parece ser aproximado como un hecho social total) e in fine en la evolución del Derecho internacional.

<sup>715</sup> F. OST, "Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu", En F. OST, S. GUTWIRTH, Centre d'Études du droit de l'environnement de Bruxelles, *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 11 y 13.

<sup>716</sup> G. DE MARZO, *Buen Vivir...*, op. cit., p. 13.

<sup>717</sup> Íd. p. 26.

<sup>718</sup> Ibíd.

van promoviendo su cultura, ofreciendo soluciones a esa crisis. Despiertan interés por sus saberes en relación con la tierra y la Naturaleza. Los Estados valoran su capacidad para aportar soluciones al cambio climático<sup>719</sup>. El discurso indígena pisa cada vez mas fuerte en los encuentros internacionales no solo intergubernamentales sino también de la sociedad civil.

En ese contexto, el Medio Ambiente se está convirtiendo en una categoría sui generis, con un régimen jurídico protector, de carácter colectivo, que da pie a la participación ciudadana en la gestión del mismo (título I) y a acciones de defensa protagonizadas por los ciudadanos, mediante la formación de un Derecho ambiental híbrido (título II).

---

<sup>719</sup> Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, aprobada el 2 de noviembre de 2001 : *“Respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales”* (punto 14).

Véanse también UNESCO & UNU, “Saberes Tradicionales & Cambio Climático”, Resumen ejecutivo de Weathering Uncertainty: Traditional Knowledge for Climate Change Assessment and Adaptation, UNESCO & UNU, 2012. Disponible en : [www.ipmpcc.org/](http://www.ipmpcc.org/)

## **TÍTULO I. EL MEDIO AMBIENTE COMO CATEGORÍA TRANSVERSAL SUI GENERIS**

Resulta difícil encontrar una definición clara de Medio Ambiente en los instrumentos jurídicos internacionales. Podemos destacar dos tendencias.

Una tendencia inicial consiste en distinguir entre el elemento natural del medio en el que viven los seres humanos y otro, “creado” por ellos. Es la que observamos en la Declaración de Estocolmo de 1972, aprobada en la primera de Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano<sup>720</sup>: “El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral, social y espiritualmente”. Del mismo modo el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el Medio Ambiente<sup>721</sup> intenta dar una definición, a través de la identificación de sus componentes<sup>722</sup>: “El Medio Ambiente se compone de : recursos naturales abióticos y bióticos, como el aire, el agua, el sol, la fauna y la flora, y su interacción; los bienes que conforman la herencia cultural; y los aspectos que caracterizan el paisaje”.

Otra tendencia, mas común y mas actual, se refiere a los ecosistemas para definir el Medio Ambiente. El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 1992<sup>723</sup>, define la diversidad biológica como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte”, y entiende el ecosistema como “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”<sup>724</sup>. Igualmente, la Declaración sobre las Responsabilidades de generaciones actuales de la UNESCO de 1997, cuyo artículo 5 versa sobre la protección del Medio Ambiente, se refiere a “los ecosistemas de la Tierra”. Mas recientemente, en el Documento final de la Conferencia de las Naciones

---

<sup>720</sup> Primer punto de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972.

<sup>721</sup> Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el Medio Ambiente, aprobado por el Consejo de Europa celebrado el 21 de junio de 1993 en Lugano.

<sup>722</sup> Artículo 2, párr. 12.

<sup>723</sup> Convenio aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

<sup>724</sup> Artículo 2.

Unidas sobre el Desarrollo sostenible-“Río + 20” de 2012<sup>725</sup>, *El futuro que queremos*, se menciona el “planeta Tierra y sus ecosistemas”, recalando que, en determinados países, se usa la expresión “Madre Tierra”<sup>726</sup>.

Como señala el jurista Benoit JADOT, conforman un ecosistema los elementos naturales abióticos y bióticos<sup>727</sup>. Sostiene que los ecosistemas son límites naturales distintos a los bienes que los componen y los espacios que ocupan<sup>728</sup>. Son elementos vitales y por esa razón son cosas comunes<sup>729</sup>.

Aunque no existe una definición única de Medio Ambiente, se puede establecer un vínculo con el concepto de Madre Tierra, que recordemos se compone de un conjunto de sistemas de vida, que son comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres y su entorno, donde interactúan la sociedad y la Naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, la diversidad cultural.

Nos parece que los conceptos de bien común y patrimonio (entendido como conjunto de bienes) son claves en la conceptualización jurídica del Medio Ambiente y que la visión indígena puede aportar mucho al respecto (capítulo I). Estos conceptos traen consigo efectos legales, que también habrá que considerar (capítulo II).

---

<sup>725</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro del 20 al 22 de junio de 2012.

<sup>726</sup> Punto 39 del Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, *El futuro que queremos*, aprobado el 19 de junio de 2012 (A/CONF/216.L.1). Disponible en : <http://www.un.org/en/sustainablefuture/>

<sup>727</sup> B. JADOT, “L’environnement n’appartient à personne et l’usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d’en jouir”, En F. OST, S. GUTWIRTH..., *Quel avenir pour le droit de l’environnement?*, op. cit., p. 101.

<sup>728</sup> Ibid.

<sup>729</sup> Ibid.

## **CAPÍTULO I. UN PATRIMONIO CONSTITUIDO DE BIENES COMUNES**

Nos parece pertinente poner en paralelo el régimen jurídico relacionado con el Medio Ambiente reconocido en el Derecho internacional, y el de la Madre Tierra, que se está diseñando en Bolivia así como en el escenario internacional a través de los movimientos de los pueblos. Destacamos tres categorías claves: el Patrimonio mundial (I), los Patrimonios universales de la Naturaleza y los bienes comunes (II) y el bien común universal (III).

### **I. UN PATRIMONIO COMPARTIDO**

Al contrario del Medio Ambiente, lo que sí está claramente definido en los instrumentos jurídicos internacionales es el Patrimonio mundial. Se distingue entre patrimonio cultural<sup>730</sup> y patrimonio natural, siendo este último particularmente interesante para el tema que nos ocupa. Por otra parte, en los textos impulsados por los Pueblos del Mundo en distintas conferencias consta también el término *patrimonio*, llamado universal, pero ideado desde otra perspectiva. A mitad de camino, entre la visión antropocentrista del patrimonio mundial y la holística de patrimonio universal, está el concepto de bien común universal, aporte del Foro Universal de las Culturas, un encuentro entre ciudadanos de todo el mundo.

#### **A. Patrimonio mundial: una visión antropocentrista**

Según la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO de 1972<sup>731</sup>, y mediante una lectura combinada de los artículos 13.4<sup>732</sup> y 2 antes enunciado, podemos afirmar que el patrimonio mundial natural está constituido por los bienes más representativos de la Naturaleza, que tienen un valor

---

<sup>730</sup> Declaración responsabilidad generaciones actuales para con las Generaciones Futuras aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

<sup>731</sup> Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en París, el 21 de noviembre de 1972.

<sup>732</sup> “El Comité fijará el orden de prioridad de sus intervenciones. Para ello tendrá en cuenta la importancia respectiva de los bienes que se hayan de proteger para el patrimonio mundial cultural y natural, la necesidad de asegurar una protección internacional a los bienes más representativos de la naturaleza o del genio y la historia de los pueblos del mundo”.

universal excepcional desde el punto de vista estético o científico, y/o de la conservación o de la belleza natural, y que pueden ser, siempre que cumplan con ese criterio<sup>733</sup>:

*-“Monumentos naturales constituidos por formaciones físicas y biológicas o por grupos de esas formaciones;*

*-Formaciones geológicas y fisiográficas y las zonas estrictamente delimitadas que constituyan el hábitat de especies animal y vegetal amenazadas;*

*-Lugares naturales o las zonas naturales estrictamente delimitadas”.*

Si nos fijamos en otros instrumentos, la humanidad, entendida como el conjunto de seres humanos, aparece como un elemento central, por dos motivos. En primer lugar, se le atribuye la titularidad del patrimonio, con las generaciones futuras como beneficiarias. En segundo lugar, la perpetuación de la humanidad sería la razón de ser de la preservación del patrimonio, al ser éste constituido de elementos necesarios a su vida. Por ejemplo, la Declaración sobre las Responsabilidades de generaciones actuales de la UNESCO, titula su artículo 8 “Patrimonio común de la humanidad”, y su artículo 3 “Mantenimiento y perpetuación de la humanidad”, el cual dispone que:

*“Las generaciones actuales deben esforzarse por asegurar el mantenimiento y la perpetuación de la humanidad, respetando debidamente la dignidad de la persona humana. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza ni la forma de la vida humana”.*

Del mismo modo, el artículo 5 establece que:

*“Las generaciones actuales deben cuidar de que las generaciones futuras no se expongan a una contaminación que pueda poner en peligro su salud o su propia existencia. (párr. 2);*

*Las generaciones actuales han de preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana”. (párr. 3).*

Esos textos ponen de manifiesto la concienciación de la crisis ecológica, del peligro que supone para la vida -de los seres humanos- en la Tierra, y la necesaria acción colectiva para contrarrestarlo. Para evaluar sus efectos debemos distinguir entre objetivo, medio y resultado.

---

<sup>733</sup> Artículo 2.

En relación con el objetivo, notamos cierta ambigüedad. Con la creación de esa categoría *Patrimonio mundial natural*, se pretende proteger bienes, existencias digamos, naturalmente presentes en el entorno del ser humano, y valiosos...¿valiosos para qué, o quizás para quién?, ¿Cuáles son las consideraciones que intervienen para apreciar el valor de ese bien a inscribir en la Lista del Patrimonio Mundial? Si son de índole estética, estamos valorando el bien por lo que es, es decir centrándonos en su valor intrínseco. Sin embargo, apreciar su valor desde un punto de vista científico es mas ambigüo: ¿A qué se refiere?, ¿ A la utilidad del bien para las ciencias, para el mantenimiento de la vida, o a sus procesos naturales valiosos en sí? Merece detenernos un momento en esa cuestión, que nos lleva a la de los medios.

Según las Orientaciones que deben guiar la implementación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial<sup>734</sup>, la inscripción de un bien a la Lista del Patrimonio Mundial debe responder al menos a uno de los criterios enunciados, que son para los bienes naturales:

*-la belleza : “vii. représenter des phénomènes naturels remarquables ou des aires d’une beauté naturelle et d’une importance esthétique exceptionnelles”;*

*-la geología : “viii. être des exemples éminemment représentatifs des grands stades de l’histoire de la terre, y compris le témoignage de la vie, de processus géologiques en cours dans le développement des formes terrestres ou d’éléments géomorphiques ou physiographiques ayant une grande signification”;*

*-los ecosistemas : “ix, être des exemples éminemment représentatifs de processus écologiques et biologiques en cours dans l’évolution et le développement des écosystèmes et communautés de plantes et d’animaux terrestres, aquatiques, côtiers et marins”;*

*-y/o la biodiversidad : “x. contenir les habitats naturels les plus représentatifs et les plus importants pour la conservation in situ de la diversité biologique, y compris ceux où survivent des espèces menacées ayant une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation”.*

En un principio, esos criterios parecen referirse a procesos naturales. Sin embargo, hay que estar atentos a la interpretación que se puede dar a los distintos conceptos en la medida en la que los primeros principios afirmados en la Convención giran en torno al vínculo entre ser humano y Medio Ambiente, haciendo de sus componentes elementos vitales para el ser humano, lo que nos lleva al fin y al cabo a

---

<sup>734</sup> Comité intergouvernemental pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (UNESCO), *Orientations pour la mise en œuvre de la Convention sur le Patrimoine Mondial*, juillet 201, párr. 77ss. Disponible en <http://whc.unesco.org/fr/orientations/>.

una visión utilitarista, por ser antropocéntrica. Lo comprobaremos al estudiar el criterio de sostenibilidad, con el concepto de biodiversidad, cuya interpretación, ha generado efectos adversos.

Sentada esa reserva, veamos el resultado de la creación de esa categoría. A día de hoy, ciento noventa y tres (193) bienes han sido identificados y están inscritos, a solicitud del Estado en el que se encuentran, en la Lista del Patrimonio Mundial, y benefician del sistema de protección establecido en el marco de la UNESCO, que detallaremos más adelante<sup>735</sup>. Por lo tanto el resultado es positivo.

Miremos ahora hacia el Patrimonio mundial cultural. Su contenido fue evolucionando con el tiempo, para sumar al patrimonio material un patrimonio inmaterial. En efecto, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO de 1972 definía el patrimonio cultural desde una visión material<sup>736</sup>:

*-“Los monumentos: las obras arquitectónicas, de escultura o de pintura monumentales, elementos o estructuras de carácter arqueológico, inscripciones, cavernas y grupos de elementos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;*

*-Los conjuntos como grupos de construcciones, aisladas o reunidas, cuya arquitectura, unidad e integración en el paisaje que les dé un valor universal excepcional desde el punto de vista de la historia, del arte o de la ciencia;*

*-Los lugares: las obras del hombre u obras conjuntas del hombre y la naturaleza; las zonas, incluidos los lugares arqueológicos, que tengan un valor universal excepcional desde el punto de vista histórico, estético, etnológico o antropológico”.*

Con la aprobación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO en 2003<sup>737</sup> se amplía el concepto de patrimonio cultural a “los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural”<sup>738</sup>. Se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos: “a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como

---

<sup>735</sup> Dato disponible en la página web de la UNESCO : <http://whc.unesco.org/fr/carte-interactive/>, Consultada en enero de 2014.

<sup>736</sup> Artículo primero.

<sup>737</sup> Adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en París, el 17 de octubre de 2003.

<sup>738</sup> Artículo 2.1.

vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales<sup>739</sup>. Como cualquier otro patrimonio, éste se transmite de generación en generación, y es un proceso dinámico al ser recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia<sup>740</sup>.

Al abrirse a las formas de conocimiento y expresión de otras culturas, pensamos que la inclusión del patrimonio inmaterial puede ser un primer paso hacia otra visión del patrimonio, mas alejada de la antropocentrista. Usamos “puede ser”, y no “es”, a propósito, porque en la práctica ese avance corre el riesgo de tener efectos adversos (retomaremos esa observación en el análisis posterior dedicado a los saberes tradicionales). Por otra parte, el reconocimiento de las comunidades indígenas como actores claves en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación de este patrimonio<sup>741</sup>, y en especial de los usos y técnicas tradicionales relacionadas con la Naturaleza como parte de éste, que pueden incluir los usos de las comunidades indígenas en relación con la tierra y Madre Tierra, demuestra la influencia de los pueblos indígenas en la gestión del Medio Ambiente, y se anuncia como fundamento para su especial participación en la misma.

## **B. Patrimonios universales de la Naturaleza y bienes comunes: una visión holística**

Ya indicamos en la primera parte que en la Cumbre de Tipikaya-Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra de 2010<sup>742</sup> se afirmó la necesidad de reconocer a la Madre Tierra como sujeto de derecho -distinto al sujeto humanidad consagrado en los instrumentos jurídicos internacionales- y que tiene como consecuencia la necesaria protección y restauración de la integridad de los ecosistemas. En las conclusiones del Grupo de trabajo número 2 “Armonía con la naturaleza para vivir” bien se hace referencia a la existencia de *patrimonios universales de la naturaleza*, tales como la atmósfera, el agua, la

---

<sup>739</sup> Artículo 2.2.

<sup>740</sup> Artículo 2.1.

<sup>741</sup> Afirmado en el Preámbulo de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO.

<sup>742</sup> Supra.

biodiversidad, suelo, subsuelo y tierra (punto 9), que pertenecen a todos (punto 10) y pueden ser usados de forma adecuada, equilibrada y respetuosa.

Yendo mas allá en esa conceptualización, la Declaración final de la Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental de 2012<sup>743</sup> paralela a la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible Río +20, aprobada por los movimientos sociales y populares, los sindicatos, pueblos, organizaciones de la sociedad civil y ambientalistas de todo el mundo presentes en la cumbre, lleva como subtítulo *En defensa de los bienes comunes, contra la mercantilización de la vida*. Esos bienes comunes son identificados a lo largo del texto: la tierra, los territorios, el agua (ríos y mar), las semillas, la biodiversidad (patrimonio genético), la cultura y el conocimiento. Su régimen se define por lo que no debe ser, es decir bienes apropiables. En efecto, en esa Declaración se sostiene que la mercantilización de la Naturaleza y de todas las formas de vida, fomentada por el modelo capitalista, transforma a los bienes comunes en mercancías permitiendo la apropiación e impidiendo por ejemplo la libre circulación del conocimiento y las semillas. Por eso, consideran que los pueblos deben definir para qué y para quién se utilizan, además de asumir el control popular y democrático de la producción de los bienes naturales y energéticos.

Esta concepción tiene mucho que ver con el Vivir Bien, descrito en la primera parte, que estriba en un principio de no acumulación y respeto a la Naturaleza, es decir su ritmo, sus capacidades y su equilibrio, así como en el reconocimiento de derechos de la Naturaleza.

*“La defensa de los bienes comunes pasa por la garantía de una serie de derechos humanos y de la naturaleza, la solidaridad y el respeto a las cosmovisiones y las creencias de los diferentes pueblos, como por ejemplo, la defensa del “Buen Vivir” como forma de existir en armonía con la naturaleza”<sup>744</sup>.*

Lo anterior supone mirar al ser humano no como centro sino como parte de la biodiversidad. Según los pueblos de la Cumbre, requiere cuestionar las bases sobre las cuales se asentaron la modernidad y el capitalismo, entre otras el antropocentrismo que considera que el conjunto de la Tierra está a disposición de los

---

<sup>743</sup> Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental celebrada en Río de Janeiro del 17 al 23 de junio 2012. Declaración final en el Documento final de la Cumbre. Disponibles en : <http://rio20.net/propuestas/declaracion-final-de-la-cumbre-de-los-pueblos-en-la-rio20/>

<sup>744</sup> Declaración Final de la Cumbre por la Justicia Social Ambiental, duodécimo párrafo, supra.

seres humanos. La humanidad debe asumir una nueva responsabilidad ética y de cuidado, tanto hacia las generaciones futuras, como hacia el conjunto de la vida en el planeta<sup>745</sup>.

### C. El bien común universal

Cabe mencionar un texto internacional, fruto del diálogo entre expertos y sociedad civil: la Declaración de los Derechos Humanos Emergentes. Se construyó en el marco del Foro Universal de las Culturas, con un primer proyecto en el 2004 en Barcelona y una versión final aprobada en el 2007 en Monterrey<sup>746</sup>. Ante los nuevos retos y necesidades, pretende ofrecer una nueva visión de los derechos humanos y actualizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, partiendo de las experiencias y luchas de la sociedad civil. El texto, nacido de un proceso participativo, refleja las reivindicaciones de los movimientos sociales y plantea una serie de valores (como la vida, la igualdad o la solidaridad) y principios rectores (como la interdependencia, la participación política y la responsabilidad solidaria). Fundamenta los derechos humanos emergentes en el *interés público universal*, que debe garantizar a todos los seres humanos, sin excepción, los medios para la libertad, y que respete la igualdad de la persona, los pueblos y la Naturaleza. Aunque el tono general de la Declaración es antropocéntrica en la medida en que coloca al ser humano en el centro del desarrollo<sup>747</sup>, se perciben avances importantes.

Como componentes del denominado *derecho a la democracia solidaria*, según el cual todos los seres humanos (entendemos sujetos individuales) y toda la comunidad (entendemos sujeto colectivo) tienen derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras<sup>748</sup>, se establece el *derecho a participar en el disfrute del bien común universal*, definido como<sup>749</sup>:

*“...el que garantiza el derecho a disfrutar del patrimonio cultural de la humanidad, la Antártida, el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, los fondos marinos y oceánicos situados fuera de los límites de las jurisdicciones*

---

<sup>745</sup> *Otro futuro es posible*, apartado 2. Documento elaborado en la Cumbre en contraposición con el Documento final *El futuro que queremos*, aprobado en la Conferencia Río+20. Disponible en : <http://rio20.net/iniciativas/otro-futuro-es-posible/>

<sup>746</sup> Foro Universal de las Culturas celebrado en Monterrey (México) del 20 de septiembre al 8 de diciembre 2007.

<sup>747</sup> El artículo 8.3 de la Declaración considera al ser humano como sujeto central del desarrollo.

<sup>748</sup> Artículo 8.

<sup>749</sup> Artículo 8.2.

*de los Estados, los recursos biológicos del alta mar, el clima global, las obras del espíritu de interés universal que forman parte del dominio público, todas las culturas del mundo y el genoma humano”.*

Esta definición se basa en lo que está reconocido en Derecho internacional bajo los conceptos de patrimonio mundial natural y cultural (tanto material como imaterial), y los elementos del Derecho internacional del Mar. Sin embargo, va un poco más allá al incluir el clima global. Se hace mas visible aun si lo relacionamos con el artículo 3 que establece un *derecho a habitar el planeta y al medio ambiente*, definido como “el derecho de todo ser humano y comunidad a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la bioversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones”. Por otra parte, el segundo apartado del artículo sobre el bien común universal preve un régimen “basado en la comunidad y la solidaridad de todos los seres humanos, pueblos y Estados y que conlleva la aplicación de los principios de no apropiación, utilización con fines exclusivamente pacíficos, uso racional y equilibrado que vele por la conservación y mejora de los bienes, resolución pacífica de los conflictos, libertad de acceso sin discriminación alguna”.

Más allá de su presentación en el Foro de monterrey, ese texto no ha sido objeto de implementación. Sin embargo, constituye un insumo importante para la reflexión colectiva y está acogida como tal por el mundo académico<sup>750</sup>.

A pesar de las diferencias entre los conceptos expuestos anteriormente observamos un aspecto recurrente que se presenta como un hilo conductor, y al que dedicaremos los próximos párrafos: un patrimonio constituido por bienes comunes, cuyo régimen jurídico está regido por el principio de no apropiación.

---

<sup>750</sup> Véanse por ejemplo los cursos organizados por el Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, que incluyen un trabajo sobre los derechos emergentes : [http://www.idhc.org/esp/1411\\_cursdh2014P.asp](http://www.idhc.org/esp/1411_cursdh2014P.asp); y el Programa Consolider-Ingenio 2010 – “El tiempo de los derechos (URI-AGE)”, encabezado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, cuyas líneas de investigación incluyen los derechos emergentes : [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/proyecto\\_consolider\\_ingenio\\_tie\\_mpo\\_derechos](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/proyecto_consolider_ingenio_tie_mpo_derechos); [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/actualidad\\_cientifica/noticias/programa\\_Consolider\\_Ingenio\\_2010](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/actualidad_cientifica/noticias/programa_Consolider_Ingenio_2010)

## II. LA NO APROPIACIÓN COMO PRINCIPIO

La calificación de patrimonio nos lleva a relacionarlo, para quizás distinguirlo, del concepto de propiedad. Plantea preguntas sobre la identificación de los titulares de ese patrimonio, sus beneficiarios y sus posibles usuarios.

### A. Un bien sin dueño

Siguiendo con nuestro paralelismo entre Madre Tierra y Medio Ambiente, partamos del núcleo duro del concepto de Madre Tierra, que es la tierra. Como vimos en la primera parte, los indígenas tienen una doble relación con la tierra histórica y necesaria-vital. Es un bien colectivo cuya propiedad es de todos los que conforman el pueblo o la comunidad. Por su aspecto histórico y su dimensión cultural y espiritual tiene como consecuencia un fuerte simbolismo y la adquisición de un valor especial que convierte ese bien colectivo en patrimonio. La Madre Tierra, considerada como un sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los seres vivos (seres humanos inclusive), es un bien compartido por todos los que la integran, pero, recordemos, no es propiedad de nadie. Entonces más que un bien colectivo es un bien común, y a diferencia del bien colectivo *tierra* no es susceptible de apropiación, pero sí sus componentes pueden ser usados y aprovechados según determinadas modalidades y siempre que se respeten sus derechos. Es un patrimonio que, al igual que la tierra, se transmite de generación en generación. También requiere protección.

¿Qué tipo de relación jurídica tiene el ser humano individualmente considerado con respecto a ese patrimonio Madre Tierra? Si no es propiedad de nadie, entonces no existe la figura del propietario. El uso y el aprovechamiento es un derecho reconocido, pero tampoco hay usufructuario dado que no hay propietario. Por otra parte, al tratarse de un patrimonio cabe distinguir entre los seres humanos del presente y los del futuro. Del mismo modo que los hijos heredan la tierra de sus padres, las generaciones futuras heredan la Madre Tierra de las generaciones actuales. Por lo tanto, nos parece que mientras que las generaciones futuras son las beneficiarias de ese patrimonio, las generaciones actuales son como su administrador, encargado de gestionarlo, protegerlo y defenderlo. Por eso mismo pueden ejercer los

derechos reconocidos a la Madre Tierra. También gozan de un derecho a usar sus componentes (con límites establecidas, esencialmente relacionadas con la sostenibilidad).

Si aplicamos esa teoría al Medio Ambiente, podemos sostener que se trata de un patrimonio común de todos los pueblos del mundo, sin que llegue a ser propiedad de nadie. Tendría como beneficiario a las generaciones futuras y como administrador a las generaciones actuales, titulares de un derecho de uso y aprovechamiento de los bienes que componen ese patrimonio, así como de un deber de protección.

JADOT nos invita a acordarnos del Derecho romano para entender mejor el concepto de bien común y su alcance<sup>751</sup>. El Derecho romano distingue entre las *res nullius divini juris* (cosas no susceptibles de apropiación privada por motivos de índole religiosa), *res nullius humani juris* (cosas no susceptibles de apropiación privada por motivos de orden público o por la fuerza de las cosas), *res publicae* (bienes destinados al uso de todos los ciudadanos, y que son la propiedad del pueblo o de determinadas personas de derecho público), *res universitatis* (bienes que pertenecen a las colectividades públicas secundarias y cuyo régimen es análogo al de las *res publicae*), y las *res communes o communes omnium*, que son cosas comunes producidas por la Naturaleza para el uso de todos, es decir, en otros términos, que son dadas a la humanidad para que pueda disfrutar libremente de éstas, y que son necesarias a la vida e inagotables: el aire, la luz del sol, el agua corriente, el mar y sus rives y los animales salvajes<sup>752</sup>. Esas últimas, que nos interesan aquí, no pertenecen a nadie y por eso no son susceptibles de apropiación global, aunque sí pueden serlo parcialmente, es decir en parcelas (cada ser humano puede respirar el aire, pescar los peces, etc.). Se plantea de ese modo un especie de derecho de uso, bajo las condiciones de que no entorpezca el derecho ajeno y que se vele por conservar las características comunes del bien<sup>753</sup>.

El jurista y filósofo Jacques SAMBON, sostiene que el usufructo puede constituir un modelo para el derecho de uso del patrimonio ambiental<sup>754</sup>. Sin embargo, discrepamos con esa teoría. Aunque el derecho de uso del patrimonio ambiental tenga

---

<sup>751</sup> B. JADOT, “L’environnement n’appartient à personne...”, op. cit., pp.94-95.

<sup>752</sup> Ibid.

<sup>753</sup> Ibid.

<sup>754</sup> J. SAMBON, “L’usufruit : un modèle pour le droit d’usage du patrimoine environnemental”, En F. OST, S. GUTWIRTH..., *Quel avenir pour le droit de l’environnement?*, op. cit, pp. 174-194.

rasgos comunes con el usufructo en cuanto a la limitación material (prohibición del abusus, es decir la destrucción del bien, el respeto a su destino inicial, la obligación de conservar su esencia y mantenerla), no tiene el mismo postulado y difiere en cuanto a la limitación temporal. En efecto, considerar a los seres humanos como co-usufructuarios indivisos, supondría la existencia de un nudo propietario, titular de obligaciones y que llegaría a recuperar la cosa cuando termine el tiempo de uso. Sí bien podemos considerar que existe una limitación temporal, al ser una herencia, el bien que es recibido por la generación anterior no se devuelve a esa misma generación (como al propietario) sino pasa a otra, futura. Pensamos que los bienes que constituyen ese patrimonio no pueden pertenecer a nadie, ni siquiera a las generaciones futuras como sugiere el autor<sup>755</sup>, aunque exista un derecho de uso. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el Medio Ambiente es una categoría universal sui generis.

Surge entonces una pregunta: ¿Quiénes son las generaciones actuales? Pensamos que son por un lado personas físicas, es decir los ciudadanos que viven en el planeta Tierra, y por otro lado, los Estados, personas jurídicas encargadas de representar el interés general en su territorio; territorio en el cual están ubicados los bienes que componen el patrimonio. Por ello, los ciudadanos y los Estados se convierten en co-administradores del patrimonio Medio Ambiente. De esa respuesta nace otra pregunta relacionada con la representación. ¿Existe, puede, o debe haber una o varias instancias que represente(n) a los distintos sujetos de derecho, es decir las generaciones actuales, las generaciones futuras o incluso la Madre Tierra/Medio Ambiente? Dejemos abierta la pregunta por ahora, y estudiemos con detenimiento la índole del derecho de uso del patrimonio ambiental.

## **B. Derecho de uso del patrimonio ambiental**

Los instrumentos jurídicos internacionales no ofrecen una definición muy precisa del derecho de uso de los recursos naturales. El texto más interesante al respecto es el Anteproyecto de Ley marco de la Madre Tierra de Bolivia antes enunciado. Elabora una distinción entre uso y aprovechamiento en función de los titulares del derecho de uso.

---

<sup>755</sup> Íd. p. 194.

Por una parte, el artículo 23 establece que se considera *uso*, la utilización de los componentes de la Madre Tierra por parte del pueblo boliviano con fines no comerciales en armonía con la Madre Tierra, y *aprovechamiento*, la utilización de los componentes de la Madre Tierra por personas naturales y jurídicas, con fines comerciales, autorizadas por el Estado Plurinacional de Bolivia y en armonía con la Madre Tierra. Por otra parte, el artículo 24 consagra un derecho al uso y aprovechamiento exclusivo por los pueblos indígena originario campesinos de los componentes renovables de la Madre Tierra, en el marco de sus cosmovisiones, valores, normas y procedimientos propios. Queda reforzado por el artículo 25.1.f, según el cual el Estado Plurinacional deberá garantizar el uso y aprovechamiento de los componentes de la Madre Tierra por parte de los pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianos, en el marco de sus derechos constitucionales.

Estos últimos artículos hacen echo al Convenio 169 de la OIT antes enunciado, cuyo artículo 15.1 establece que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Según el mismo texto, estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas va incluso más allá al reconocer a los pueblos indígenas, en su artículo 29.1, un derecho a la conservación y protección del Medio Ambiente y de la capacidad de sus tierras, territorios y recursos.

Si bien se reconoce un derecho de uso de los recursos o componentes del Medio Ambiente, éste no es ilimitado, ni es del mismo tipo para todos sus titulares.

El principio de no apropiación de los bienes comunes no significa una explotación anárquica de sus componentes. De allí un uso limitado.

Esa limitación se manifiesta también a través de un régimen jurídico destinado a proteger el Medio Ambiente, que establece obligaciones y deberes, como contrapartida al derecho de uso.

## **CAPÍTULO II. UN RÉGIMEN JURÍDICO PROTECTOR**

Tras reconocer al hombre “el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”, la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente de 1972 afirma como primer principio que “el hombre tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”. Asimismo, según el artículo 4 de la Declaración de la UNESCO sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las generaciones futuras de 1997, “las generaciones actuales tienen la responsabilidad de legar a las generaciones futuras un planeta que en un futuro no esté irreversiblemente dañado por la actividad del ser humano”. Como consecuencia, “cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la Tierra”. Del mismo modo, la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO de 1972, en su artículo 6, obliga a los Estados Partes a no tomar deliberadamente ninguna medida que pueda causar daño, directa o indirectamente, al patrimonio cultural y natural.

De lo anterior deducimos que rae en los Estados y los ciudadanos una obligación de conservación del Medio Ambiente, que debe entenderse en dos acepciones: una negativa, que JADOT llama “deber de prudencia”<sup>756</sup>, es decir abstenerse de adoptar conductas perjudiciales para el Medio Ambiente y, otra positiva, que consiste en realizar actividades o tomar medidas destinadas a proteger los bienes comunes y conservarlos con un uso adecuado (I). De esa obligación nace una responsabilidad compartida (II).

### **I. OBLIGACIÓN DE CONSERVACIÓN**

Ante los efectos negativos que se percibían en el Medio Ambiente y la vida misma de los habitantes del planeta Tierra se intentó repensar el Desarrollo. Como

---

<sup>756</sup> B. JADOT, “L’environnement n’appartient à personne...”, op. cit., p 107.

señala LE ROY en su obra *La terre de l'autre*<sup>757</sup>, la incorporación de la variable ecológica en las políticas públicas occidentales se debe a la concienciación del agotamiento de los recursos naturales. De esa reflexión y concienciación nació el concepto de Desarrollo sostenible. Ese criterio de sostenibilidad es lo que va a dar mas contenido a la obligación de conservar el Medio Ambiente, y usarlo de modo adecuado. Sin embargo, su marco teórico va a acarrear unos efectos perversos, reveladores de sus límites.

## A. El requisito de sostenibilidad

El concepto de Desarrollo sostenible se formalizó durante la Cumbre de la Tierra de 1992<sup>758</sup>. En la medida en la que el trasfondo de esa Cumbre era el deseo de seguir con el crecimiento económico de los países “desarrollados” y el desarrollo de los países “del Sur” y la lucha contra la pobreza<sup>759</sup>, vemos inevitable investigar la definición de sostenibilidad, y preguntarnos cómo pueden influir las culturas indígenas en su orientación, dado que también descubrimos la presencia de ese concepto en Derecho interno boliviano.

### 1. La ambigua definición de la sostenibilidad

La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y el Plan de acción Agenda 21, aprobados en el marco de la Cumbre de la Tierra, afirman que los recursos de la tierra son limitados y se debe encontrar una forma de usar la tierra sin afectar su regeneración:

*“El uso que se da al suelo en la actualidad a menudo hace caso omiso de las posibilidades reales, de la capacidad de sustento y de las limitaciones de los recursos de tierras, así como de su diversidad en el espacio. Se calcula que la población mundial, que actualmente es de 5.400 millones de habitantes, ascenderá a 6.250 millones a finales de siglo. La necesidad de aumentar la producción de alimentos para atender a las necesidades crecientes de la población acrecentará enormemente la presión ejercida sobre todos los*

---

<sup>757</sup> E. LE ROY, *La terre de l'autre : une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, LGDJ, L'extenso, Coll. Droit et société, Série anthropologie N°54, Paris, 2011, p.

<sup>758</sup> Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

<sup>759</sup> Attac France, *La nature n'a pas de prix. Les méprises de l'économie verte*, Editions Les Liens qui Libèrent, 2012, p. 51.

*recursos naturales, entre ellos los de las tierras”. (Punto 14:34 de la Agenda 21)*

[...]

*Se necesita un enfoque sistemático que permita determinar cuáles usos de la tierra y cuáles sistemas de producción resultan sostenibles en cada suelo y en cada zona climática, y que incluya los mecanismos económicos, sociales e institucionales necesarios para su aplicación”.(Punto 14:34 de la Agenda 21)*

Se pretende repensar el Desarrollo integrando un componente ecológico.

*“A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”. (Principio 4 de la Declaración de Río)*

Garantizar la sostenibilidad del Medio Ambiente será incluso planteado posteriormente como uno de los ocho Objetivos de Desarrollo del Milenio a alcanzar para el año 2015<sup>760</sup>. Sin embargo ese esfuerzo especial para proteger el Medio Ambiente mediante un uso sostenible de la tierra y sus recursos es motivado por una preocupación antropocéntrica.

*“Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. (Principio 1 de la Declaración de Río)*

[...]

*“El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. (Principio 3 de la Declaración de Río)*

El Convenio sobre la Diversidad Biológica, producto de la Cumbre de la Tierra, profundiza el concepto de sostenibilidad. Según su artículo 2, por *utilización sostenible* se entiende “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”. La diversidad biológica se ve como un recurso, para satisfacer las necesidades humanas. Esa aproximación hace caer el criterio de sostenibilidad en la trampa del mercado, porque

---

<sup>760</sup> Declaración del Milenio, aprobada en la Cumbre del Milenio, celebrada del 6 al 8 de septiembre de 2000, y por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 8 de septiembre de 2000, en su 8ª sesión plenaria, A/RES/55/2s.

el juego de equilibrista entre conservar y usar termina en una explotación económica, como lo demuestra el artículo 1 del Convenio que plantea además de los objetivos de conservación de la diversidad biológica y uso sostenible de sus componentes, la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, lo cual dio lugar a la creación de derechos de propiedad industrial mediante las patentes. Se descompone esa masa viva en elementos, objetos económicos<sup>761</sup>. El Medio Ambiente es entonces más bien un objeto de derecho que un sujeto<sup>762</sup>; un objeto vivo, y allí está la paradoja, pero un objeto.

Por ese motivo consideramos que el criterio de sostenibilidad es un arma de doble filo, en la medida en la que puede obligar a los Estados a integrar el estudio de la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la Naturaleza en los procesos nacionales de toma de decisiones, pero también puede desviar la conservación de su objetivo, que es la protección del Medio Ambiente, sustituyendo a la sostenibilidad del Medio Ambiente, la sostenibilidad del modo de vida de los seres humanos.

Sin embargo, debemos mencionar que la reflexión sobre el Desarrollo sostenible se ha visto acompañado de una concienciación del valor de los saberes tradicionales para la gestión de los recursos y la conservación del Medio Ambiente<sup>763</sup>.

## 2. El aporte de los saberes tradicionales

El principio 22 de la Declaración de Río reconoce que las poblaciones indígenas y sus comunidades desempeñan un papel fundamental en la ordenación del Medio Ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales, y llama a los Estados a reconocer y apoyar su identidad, cultura e intereses, y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica alienta a promover la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, es decir de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible<sup>764</sup>. La Declaración Universal de la

---

<sup>761</sup> Attac France, *La nature n'a pas de prix...*, op. cit., p. 51.

<sup>762</sup> *Ibid.*

<sup>763</sup> Véanse también UNESCO & UNU, “Saberes Tradicionales & Cambio...”, op. cit.

<sup>764</sup> Artículo 10. a) y c), y UNESCO / ICCROM / ICOMOS / UICN, *Gérer le patrimoine mondial naturel*, UNESCO, 2012, p.15. Disponible en : [whc.unesco.org/](http://whc.unesco.org/)

UNESCO sobre la Diversidad Cultural de 2001, dedica mas espacio a esa cuestión y también llama a respetar y proteger los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; reconocer la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la protección del medio ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y favorecer las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales<sup>765</sup>.

La UNESCO plantea como una de las orientaciones<sup>766</sup> a dar en los planes de acción para la aplicación de la declaración: el respeto y la protección de los sistemas de conocimiento tradicionales, especialmente los de los pueblos indígenas; el reconocimiento de la contribución de los conocimientos tradicionales, en particular por lo que respecta a la protección del Medio Ambiente y a la gestión de los recursos naturales, y el fomento de las sinergias entre la ciencia moderna y los conocimientos locales. Lo justifica del siguiente modo<sup>767</sup>:

*“Las comunidades indígenas poseen historias largas y multigeneracionales de interacción con sus entornos que incluyen: enfrentar la incertidumbre, la variabilidad y los cambios medioambientales. Las comunidades indígenas ya han demostrado su ingenio y capacidad de respuesta frente al cambio climático”.*

Según la UNESCO, el conocimiento indígena o tradicional se refiere a los saberes generales y prácticos acumulados a través de generaciones, y actualizados por cada nueva generación, que orientan a las sociedades humanas en sus innumerables interacciones con su entorno.<sup>768</sup> Destaca que el conocimiento indígena ha sido ampliamente reconocido en varios ámbitos de la ciencia como la agrosilvicultura, la medicina tradicional, la conservación de la biodiversidad, la ordenación consuetudinaria de los recursos, la antropología aplicada, así como en la evaluación del impacto y respuesta ante desastres naturales.<sup>769</sup>

Se considera que estrategias tales como el mantenimiento de la diversidad genética y de la diversidad de las especies en sus campos y en sus rebaños desempeñan un papel de amortiguador ante condiciones meteorológicas inciertas. El uso diversificado del paisaje, la movilidad y el acceso a múltiples recursos aumentan

---

op. cit., p. 59.

<sup>765</sup> Punto 14.

<sup>766</sup> Orientación 14.

<sup>767</sup> UNESCO & UNU, “Saberes Tradicionales & Cambio...”, op. cit., párr. 20.

<sup>768</sup> Íd., p. 32.

<sup>769</sup> Íd., p. 33.

la capacidad de reacción ante la variabilidad y el cambio medioambiental, incluido el cambio climático<sup>770</sup>. Los modos de vida de subsistencia suelen ser de pequeña escala, diversificados y se basan en un cúmulo de habilidades especializadas. El dominio de las múltiples habilidades de supervivencia es un recurso para la capacidad de recuperación en tiempos de incertidumbre y cambio<sup>771</sup>. La diversificación proporciona un amortiguador frente a la variabilidad y el cambio medioambiental. Los pastores nómadas varían las especies y la composición genética de sus rebaños, mientras que los agricultores a pequeña escala gestionan el riesgo mediante su elección de cultivos domésticos y variedades vegetales, respaldados por las reservas de recursos naturales<sup>772</sup>. Finalmente, las estrategias de uso de la tierra son vistas como otro recurso tradicional para la capacidad de recuperación. Los pueblos pastores desplazan sus rebaños en respuesta a condiciones medioambientales cambiantes y reservan por años ciertas áreas de pastoreo cuando las condiciones son extremas. Los agricultores itinerantes se benefician de los múltiples recursos de los campos y bosques en distintas etapas de barbecho y regeneración<sup>773</sup>.

Podemos añadir que los pueblos indígenas favorecen las prácticas y las tecnologías limpias, de las cuales también depende la sostenibilidad. Por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley marco de la Madre Tierra de Bolivia se prohíbe el uso de prácticas, tecnologías degradantes y compuestos químicos tóxicos que puedan ser reemplazados con alternativas equivalentes y ecológicamente mejores<sup>774</sup>. En el caso de actividades extractivas e industriales se debe usar tecnologías más eficientes y limpias disponibles para prevenir, mitigar y remediar los daños causados y para restaurar los sistemas de vida de la Madre Tierra<sup>775</sup>.

Esa valorización de los *saberes tradicionales* nos parece importante para recentrar la sostenibilidad en el objetivo de conservación del Medio Ambiente. Supone previamente reconocer sus derechos territoriales y como pueblos, para evitar la apropiación indebida de sus saberes, riesgo que se está corriendo con el fenómeno de “patentización” que mencionábamos antes. Es la solución que proponemos a la falta de efectividad del requisito de sostenibilidad, como lo hacen también varios

---

<sup>770</sup> Íd., p. 34.

<sup>771</sup> Íd., p. 36.

<sup>772</sup> Íd., p. 37.

<sup>773</sup> Íd., p. 38.

<sup>774</sup> Artículo 25.1.d)

<sup>775</sup> Artículo 25.1.h)

movimientos sociales<sup>776</sup>. La solución que está al orden del día entre las instancias intergubernamentales es la denominada Economía Verde.

## **B. La Economía Verde y sus límites**

Ante la falta de cumplimiento de los Objetivos del Milenio se ideó, diez años después, un concepto que pretendía, entre otras cosas, mejorar la capacidad de las personas tanto públicas como privadas para gestionar los recursos naturales de manera sostenible: la Economía Verde. Presentada por sus defensores como una solución para hacer más efectiva la sostenibilidad del desarrollo, ha sido muy controvertida, y es tachada por sus detractores de falsa solución.

### **1. Los servicios ambientales**

La descripción del concepto de Economía Verde está recogida en un documento del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante PNUMA), titulado *Hacia una economía verde. Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*<sup>777</sup>. Se considera que la diversidad biológica, que es el tejido vivo del planeta y abarca la vida en todos sus niveles (genes, especies y ecosistemas), ofrece servicios que proporcionan un entorno seguro, contribuyendo al bienestar humano<sup>778</sup>. Esos servicios de los ecosistemas, entendido como bienes y servicios públicos, serían una “parte fundamental del capital natural, que hasta ahora había sido subestimada por no querer atribuirle un valor económico, y al final, perdida”<sup>779</sup>. Se trata de activos naturales como los bosques, los lagos, los pantanos y las cuencas de los ríos que son componentes esenciales del capital natural a nivel de los ecosistemas. Según el PNUMA contribuyen de un modo vital a garantizar la estabilidad del ciclo hídrico y sus beneficios para la agricultura y los hogares, el ciclo del carbono y su función en la mitigación del clima, la fertilidad del suelo y su valor de cara a la

---

<sup>776</sup> Véanse por ejemplo Attac France, que dedica el último capítulo del libro antes citado a una reflexión sobre un camino hacia las sociedades del *buen vivir*.

<sup>777</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde: Guía para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza - Síntesis para los encargados de la formulación de políticas*, PNUMA, 2011. Disponible en línea : [www.unep.org/greeneconomy](http://www.unep.org/greeneconomy)

<sup>778</sup> *Íd.*, p.22.

<sup>779</sup> *Íbid.*

producción de cultivos, los microclimas locales respecto a la seguridad del hábitat, las reservas pesqueras respecto a las proteínas<sup>780</sup>.

Para el PNUMA una Economía “Verde” – que no se sustituye al desarrollo sostenible sino se enmarca en él y permite alcanzarlo así como erradicar la pobreza - debe mejorar el bienestar del ser humano y la equidad social, y a la vez reducir significativamente los riesgos ambientales y las escaseces ecológicas<sup>781</sup>. En su forma más básica, una economía verde sería aquella que tiene bajas emisiones de carbono, utiliza los recursos de forma eficiente y es socialmente incluyente<sup>782</sup>. En una economía verde, “el aumento de los ingresos y la creación de empleos deben derivarse de inversiones públicas y privadas destinadas a reducir las emisiones de carbono y la contaminación, a promover la eficiencia energética así como en el uso de los recursos, y a evitar la pérdida de diversidad biológica y de servicios de los ecosistemas”<sup>783</sup>. Dichas inversiones han de catalizarse y respaldarse con gasto público selectivo, reformas políticas y cambios en la regulación<sup>784</sup>.

La Economía Verde parece ser un paso hacia el reconocimiento de que el uso del Medio Ambiente tiene sus límites, que la sociedad toma de la Naturaleza para promover su bienestar (como agua de ríos, lagos y el subsuelo, beneficios de los ecosistemas agrícolas que resultan en la producción de alimentos, aire limpio, y una infinidad más), pero que no retribuye a la Naturaleza, ni la provee de los medios y tiempos necesarios para recuperar o regenerar eso que tomó<sup>785</sup>. Sin embargo se sigue razonando en términos de capital, considerando a los componentes del Medio Ambiente, bienes y servicios evaluables en dinero, es decir económicos, lo que llega a mercantilizar la Naturaleza.

## 2. La mercantilización de la Naturaleza

La Economía Verde estuvo en el centro de los debates de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20, con una fuerte oposición de

---

<sup>780</sup> *Ibid.*

<sup>781</sup> *Íd.*, p.2.

<sup>782</sup> *Ibid.*

<sup>783</sup> *Ibid.*

<sup>784</sup> *Ibid.*

<sup>785</sup> *Economía Verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza: Una perspectiva desde América Latina y el Caribe*, XVIII Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe celebrada en Quito (Ecuador) del 31 de enero al 3 de febrero de 2012. UNEP/LAC-IG.XVIII/3, 2 de diciembre de 2011, pp.3-4.

los países del ALBA<sup>786</sup>, encabezados por Bolivia, así como el G77 y China, y de la Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, paralela a la misma. El Borrador llamado “cero” de la Conferencia Río+20, sometido a discusión durante el encuentro presentaba la Economía Verde como el modelo a seguir, y la forma que debía tomar el desarrollo sostenible. Sin embargo, como lo destacan los pueblos reunidos en la Cumbre paralela, en el documento *Otro futuro es posible*, los postulados de la Economía Verde son equivocados, al considerar que la crisis ambiental y climática es mas bien una deficiencia del mercado que se tiene que arreglar poniendo un precio a la Naturaleza, que se convierte pues en una forma de capital<sup>787</sup>.

En efecto, el marco teórico en el que se sitúa ese concepto es la idea según la cual una buena gestión pasa por un buen control y por lo tanto un buen conocimiento. Aplicado al Medio Ambiente, significa por un lado desarrollar la tecnología para mejorar el conocimiento de los fenómenos naturales, positivos como negativos, y por otro lado cuantificarlos, aislándolos y calculando el valor monetario de los servicios de la Naturaleza, según su función<sup>788</sup>. Se procede del mismo modo con los impactos de ciertas actividades humanas. Una vez dado un precio, se puede acceder a esos servicios, remunerando a las poblaciones que gestionan su medio, transformarlos en créditos o intercambiarlos<sup>789</sup>. En esa línea, se había instaurado permisos de emisión de gaz a efecto invernadero con el Protocolo de Kioto de 1997<sup>790</sup>. El artículo 4 del Protocolo fue implementado en la Unión europea mediante la creación de un mercado de carbono en el que, a partir de un nivel máximo de emisión global asumido como responsabilidad compartida con un objetivo individualizado por país, las empresas reciben derechos de emisión anuales, que pueden vender a otras si no los necesitan, o pueden comprar los de quienes no lo necesitan<sup>791</sup>. Ese Protocolo refleja una contradicción en las políctias ambientales que apuntan a imponer medidas para

---

<sup>786</sup> Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América. Los países miembros del ALBA son: la República Bolivariana de Venezuela, la República de Cuba, la República de Bolivia, la República de Nicaragua y la Mancomunidad de Dominica, la República de Ecuador, San Vicente y las Granadinas y Antigua y Barbuda.

<sup>787</sup> *Otro futuro es posible*, supra, apartado 8.

<sup>788</sup> Attac France, *La nature n'a pas de prix...*, op.cit., pp. 47, 89 y 95-96.

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> Protocolo a la Convención marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, firmado el 18 de diciembre de 1997 en la Conferencia de las Partes en Kioto.

<sup>791</sup> Attac France, *La nature n'a pas de prix...*, op.cit., p. 67.

proteger el Medio Ambiente, pero sin romper con la lógica economista, que es una causa de los daños ambientales.

Con la Economía Verde sucede lo mismo. Se pretende lograr un mundo que sea justo, equitativo e inclusivo, pero mediante la promoción del crecimiento económico que, aunque se llama sostenido e inclusivo<sup>792</sup>, no deja de ser una perspectiva “economista” del desarrollo.

Los países opositores a la Economía Verde en la Conferencia de Río+20, entre ellos Bolivia, lograron reducir su alcance a una mera herramienta posible para el desarrollo sostenible, sujeta a la interpretación y decisión libre y soberana de cada país.<sup>793</sup> Lo anterior se manifiesta en la Declaración final del encuentro en la que se pasó de un enfoque “ambientalista” del desarrollo y de la lucha contra la pobreza, que apuntaba a centrar el desarrollo sostenible en la inversión en acciones de mitigación climática (como la transformación de tecnología no renovable en renovable, los mercados de carbono, el Programa de Reducción de emisiones por deforestación y degradación de bosques, REDD, entre otros), a un enfoque mas equilibrado al suprimir la referencia a esos mecanismos y al incorporar un pilar social:

*“[...] Consideramos que la Economía Verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza es uno de los instrumentos más importantes disponibles para lograr el desarrollo sostenible y que podría ofrecer alternativas en cuanto a formulación de políticas, pero no debería consistir en un conjunto de normas rígidas. Ponemos de relieve que la economía verde debería contribuir a la erradicación de la pobreza y el crecimiento económico sostenible, aumentando la inclusión social, mejorando el bienestar humano y creando oportunidades de empleo y trabajo decente para todos, manteniendo al mismo tiempo el funcionamiento saludable de los ecosistemas de la Tierra”.(Punto 56)*

Pero el esfuerzo no es suficiente porque se sigue considerando al Medio Ambiente como un recurso, es decir no por su valor intrínseco sino su valor económico.

*“Reafirmamos también que es necesario lograr el desarrollo sostenible promoviendo un crecimiento sostenido, inclusivo y equitativo, creando mayores oportunidades para todos, reduciendo las desigualdades, mejorando los niveles de vida básicos, fomentando el desarrollo social equitativo y la*

---

<sup>792</sup> Punto 6 de la Declaración final de la Conferencia Río+20.

<sup>793</sup> “Bolivia en Río+20”, *Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores*, Domingo 5 de agosto de 2012. Disponible en la página web del Ministerio : <http://www.rree.gob.bo/>

*inclusión, y promoviendo una ordenación integrada y sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas que preste apoyo, entre otras cosas, al desarrollo económico, social y humano [...]”.(Punto 4).*

Por eso, los Pueblos de la Cumbre de 2012 llaman a un “nuevo paradigma de organización social, económica y política, capaz de avanzar en la justicia social, dar continuidad al destino de la humanidad y garantizar la sustentabilidad a la vida y al planeta”<sup>794</sup>. El proceso descrito en el documento *Otro futuro es posible* con la terminología “cuestionamiento, “emancipación”, “revolución mental”, “eliminación de la explotación del trabajo por el capital” y “dominación”, nos recuerda al proceso de “descolonización” promovido en Bolivia.

En todo caso ese nuevo paradigma se enmarca en el Vivir Bien: “La defensa de los bienes comunes implica [...] la defensa del Buen Vivir como forma de vivir en armonía con la naturaleza”<sup>795</sup>. Como pudimos entender con el ejemplo boliviano, el Vivir Bien no se está proponiendo como otra forma de desarrollo (vinculado al capitalismo y a la economía de mercado), sino como una alternativa a éste, que sería un modelo de convivencia<sup>796</sup>.

Por consiguiente, el criterio de sostenibilidad se estableció como requisito para el ejercicio del derecho de uso del patrimonio ambiental, dando contenido a la obligación de conservación que venía limitarlo. Sin embargo, al estar encerrado en una visión antropocentrista e utilitarista del Medio Ambiente, perdió sentido en el camino. Ahí se ven las diferencias de interpretación de un mismo concepto según las culturas. Recordemos que el uso sostenible de la tierra se impuso como criterio de definición de la propiedad agraria indígena en Bolivia, con otro significado. De hecho desde las organizaciones internacionales se intentó repensar la sostenibilidad acercándose a los saberes indígenas, pero sin romper con el marco en el que este concepto está atrapado, por lo que está resultando difícil, y por eso los movimientos indígenas y sociales en general están llamando la atención de los Estados.

---

<sup>794</sup> *Otro futuro es posible*, supra, apartado 2.

<sup>795</sup> Documento final de la Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, Plenaria 2 En defensa de los bienes comunes y contra la mercantilización, 17-18 de junio de 2012, Soluciones reales y nuevos paradigmas de los pueblos, supra.

<sup>796</sup> C. A SAMANIEGO DELGADO, “Construyendo el futuro para todos desde adentro y desde abajo”, Ponencia dada en el VIII Congreso internacional de la RELAJU, *El pluralismo jurídico en América Latina: Visiones críticas desde la teoría y la práctica*, La Paz, octubre de 2012. Disponible en : [www.relaju.org.bo](http://www.relaju.org.bo).

No obstante, la obligación de conservación no es el único componente del régimen protector que se ha estado diseñando para el Medio Ambiente. También significó, para los Estados, adoptar las medidas adecuadas en el marco de sus políticas públicas para controlar las actividades empresariales, públicas o privadas que afectan al Medio Ambiente, y asumir responsabilidades para prevenir, reparar y sancionar los daños ambientales.

## II. UNA RESPONSABILIDAD COMPARTIDA

Al ser el Medio Ambiente un patrimonio común, la protección de los bienes que lo conforman se convierte en la responsabilidad de todos. Esta responsabilidad no se manifiesta sólo *post ante*, una vez causado un daño, sino también *ex ante*, para prevenir los daños.

### A. Obligación de proteger

Existe para los Estados una obligación de protección de los bienes que conforman el patrimonio mundial natural y cultural inmaterial. Se trata de dos niveles de protección, es decir no solo un nivel nacional, por parte de cada Estado, sino también colectivo, mediante el establecimiento de un sistema de protección colectiva<sup>797</sup>, al considerar que ante la “amplitud y la gravedad de los nuevos peligros que les amenazan, incumbe a la colectividad internacional entera participar en la protección del patrimonio cultural y natural de valor universal excepcional prestando una asistencia colectiva que sin reemplazar la acción del Estado interesado la complete eficazmente”<sup>798</sup>. Se trata de un sistema de cooperación y asistencia internacional destinado a “secundar a los Estados Partes en la Convención en los esfuerzos que desplieguen para conservar e identificar ese patrimonio”<sup>799</sup>.

Esa protección se puede dar de forma preventiva o ante un peligro. En el primer caso se lleva a cabo mediante la constitución de áreas protegidas. La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), establece una

---

<sup>797</sup> Preámbulo de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO de 1972.

<sup>798</sup> *Ibid.*

<sup>799</sup> *Íd.*, artículo 7.

categorización, reconocida internacionalmente, sin perjuicio de las que se fijen en las legislaciones nacionales (vimos un ejemplo con el caso boliviano). El Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 define el área protegida como un área delimitada geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación. La clasificación es función del tipo de gestión del área (reserva natural, parque nacional, área protegida con un uso sostenible de los recursos naturales etc.)<sup>800</sup>. En el segundo caso, cuando se trata de proteger el valor de un bien contra amenazas reales o potenciales externas, el Comité del patrimonio mundial de la UNESCO decide, de oficio o a solicitud de un Estado Parte, de su inscripción en la Lista del patrimonio mundial en peligro, lo que puede dar lugar a una ayuda técnica, material o financiera para solucionarlo (la UNESCO cuenta con un Fondo para el patrimonio mundial)<sup>801</sup>.

A día de hoy, diecinueve (19) bienes naturales están inscritos en la Lista del patrimonio mundial en peligro<sup>802</sup>. A modo de ejemplo de éxito de ese sistema, podemos citar el caso del Parque Nacional de Royal Chitwan, bien natural del patrimonio mundial, situado al pie de la cordillera del Himalaya. Este parque es uno de los raros vestigios intactos de la región de piedemontes del Terai, que se extiende por los territorios de la India y Nepal. Además de la gran riqueza de su flora y fauna, alberga una de las pocas poblaciones subsistentes del rinoceronte asiático de un solo cuerno y es uno de los últimos refugios del tigre de Bengala. Al principio de los años noventa, el Comité del patrimonio mundial llamó la atención del Gobierno Nepalés y del Banco asiático sobre un proyecto de desvío de las aguas del río Rapti, cuestionando las conclusiones de la evaluación de impacto ambiental que se había llevado a cabo. El Gobierno Nepalés y el Banco Asiático revisaron la evaluación y llegaron a la conclusión de que el proyecto constituía una amenaza para el medio ribereño, muy importante para los rinocerontes del Parque, y por ese motivo abandonaron el proyecto<sup>803</sup>.

Ese sistema de protección colectivo se basa en la cooperación entre Estados para alcanzar el fin de protección. La responsabilidad se entiende como una obligación de hacer. Sin embargo, la responsabilidad también remite a asumir las

---

<sup>800</sup> VV. AA. *Gérer le patrimoine mondial naturel*, op.cit, p.15.

<sup>801</sup> *Íd.*, p. 25.

<sup>802</sup> Dato disponible en la página web de la UNESCO :

[http://whc.unesco.org/fr/list/?&&&\\_dc=1389430289894&danger=1](http://whc.unesco.org/fr/list/?&&&_dc=1389430289894&danger=1). Consultado en enero de 2014.

<sup>803</sup> Información disponible en la página web de la UNESCO : <http://whc.unesco.org/fr/107/>. Consultado en enero de 2014.

consecuencias de un acto o omisión cuando causa un daño. Entramos entonces en el derecho de la responsabilidad con otra obligación, la de reparar.

## **B. Obligación de reparar**

Los Estados tienen la obligación general de velar por que las actividades realizadas en su territorio o bajo su control respeten el Medio Ambiente (en el territorio de otros Estados o en espacios internacionales)<sup>804</sup>. Tanto en las normas de Derecho interno civil como en Derecho internacional público, los textos prevén que todo incumplimiento de una obligación lleva a una sanción. Cuando el incumplimiento produce un daño, esa sanción consiste en una reparación, que puede ser una restitución *in integrum* (restableciendo el estado que las cosas tenían antes de producirse el daño), que supone la adopción de medidas de restauración, o una indemnización. La sanción no se resume exclusivamente a la reparación sino puede consistir también en sanciones administrativas o penales. Los textos y las prácticas en la materia no ofrecen ningún régimen jurídico único, ni homogéneo. Sin embargo, se pueden observar rasgos comunes y cierta evolución conceptual.

### **1. Responsabilización subjetiva**

Según la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982<sup>805</sup>, los Estados son responsables del cumplimiento de sus obligaciones internacionales relativas a la protección y preservación del medio marino<sup>806</sup>. Deben asegurar que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción<sup>807</sup>. Para asegurar esa pronta reparación, los Estados deben cooperar, en la evaluación de los daños, y solución a una controversia, así como, cuando procede, en la elaboración de criterios y

---

<sup>804</sup> Preámbulo del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptada en Nueva York, el 9 de mayo de 1992 ; afirmado por la Corte Internacional de Justicia como norma del Derecho internacional del Medio ambiente en CIJ, *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996, párr. 29.

<sup>805</sup> Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada el 30 de abril de 1982.

<sup>806</sup> Artículo 235.1.

<sup>807</sup> Artículo 235.2.

procedimientos para el pago de una indemnización adecuada (seguros obligatorios o fondos de indemnización)<sup>808</sup>.

Otros convenios prevén sanciones administrativas o penales, a fijar por los Estados en su Derecho interno. El Convenio sobre responsabilidad civil por los daños causados por actividades que resultan peligrosas para el medio ambiente de 1993 establece un recurso contra cualquier persona jurídica o física que tiene bajo su control una actividad peligrosa, conforme a su definición en el Convenio<sup>809</sup>, para la reparación del daño causado<sup>810</sup> (lesión corporal e incluso muerte, pérdida o daño en bienes o instalaciones), siempre que se demuestre una causalidad entre la actividad y el daño. El Convenio europeo sobre la protección del Medio Ambiente por el derecho penal, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1998, apela los Estados a adoptar las medidas adecuadas para tipificar como infracciones penales, intencionadas o por negligencia, y sancionar a sus autores, hechos como por ejemplo la emisión de sustancias ionizantes en la atmósfera cuando causan o puedan causar deterioros o perjuicios graves a personas, monumentos o bienes<sup>811</sup>. Podemos lamentar que ninguno de esos convenios haya entrado en vigor, por falta de ratificación por parte de los Estados (solo nueve Estados han firmado el primero, y ninguno lo han ratificado, y el segundo fue firmado por trece Estados y ratificado por solo uno de ellos)<sup>812</sup>.

---

<sup>808</sup> Artículo 235.3.

<sup>809</sup> Artículo 2. 1 : “Activité dangereuse” signifie l'une ou plusieurs des activités suivantes, pourvu qu'elles soient effectuées à titre professionnel, y compris les activités exercées par des autorités publiques: a) la production, la manipulation, le stockage, l'utilisation ou le rejet d'une ou plusieurs substances dangereuses, ou toute autre opération de nature similaire portant sur de telles substances; b) la production, la culture, la manipulation, le stockage, l'utilisation, la destruction, l'élimination, la libération ou toute autre opération concernant un ou plusieurs organismes génétiquement modifiés qui, en raison des propriétés de l'organisme, de sa modification génétique et des conditions dans lesquelles l'opération est réalisée, présentent un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens ; micro-organismes qui, en raison de leurs propriétés et des conditions dans lesquelles l'opération est réalisée, présentent un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens, tels que ceux qui sont pathogènes ou ceux qui produisent des toxines; c) l'exploitation d'une installation ou d'un site d'incinération, de traitement, de manipulation ou de recyclage de déchets, [...], dans la mesure où les quantités impliquées présentent un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens; d) l'exploitation d'un site de stockage permanent des déchets.

<sup>810</sup> Artículo 2. 7.

<sup>811</sup> Artículos 2 a 4.

<sup>812</sup> Para conocer el Estado de firmas y ratificaciones de los tratados aprobados por el Consejo de Europa, véanse el siguiente enlace : <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheTableauCourt.asp?CM=16&CL=FRE>.

## 2. Responsabilización objetiva

Una dificultad de la reparación de los daños ambientales es la imposibilidad de identificar a un autor determinado, en especial cuando los impactos se han ido produciendo con el tiempo. La Declaración de Río de 1992 plantea el principio de las responsabilidades comunes de los Estados pero diferenciadas, por su nivel de desarrollo<sup>813</sup>, es decir de acuerdo a sus capacidades.

*“Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.*

En efecto, los países que mas contaminan son los países mas “desarrollados”, y los que mas se ven perjudicados por la contaminación son los países menos “desarrollados”. Se admite de alguna manera la existencia de una deuda ecológica, histórica, de los países industrializados (identificados en el anexo B del Protocolo de Kioto) hacia los países en desarrollo, que por un lado, justifica una diferenciación en cuanto a una obligación de hacer (reducir la emisión de CO<sub>2</sub>), y por otro lado impone una obligación de cooperación de los primeros con los segundos, teniendo como modalidad la transferencia de tecnología. La aplicación de ese principio supuso cierta dificultad. En efecto, el Protocolo de Kioto entró en vigor solo en el 2005, sin establecer compromisos individuales cifrados en cuanto a resultados. Por eso, los países en desarrollo, en particular Bolivia, hicieron mucho hincapié en que fuera reafirmado como principio en la Declaración de Río 2012 (Río+20). También exigieron el cumplimiento de compromisos concretos al respecto durante la última Cumbre sobre el Cambio climático, que tuvo lugar en Varsovia en noviembre de 2013 y que concluyó con una hoja de ruta para llegar a la Cumbre de 2015 con cifras de reducción de emisiones, que se expresan ya no como “compromisos” sino como

---

<sup>813</sup> Principio 7.

“contribuciones”; cambio de terminología que fue el precio a pagar para llegar a un acuerdo entre todos los países<sup>814</sup>.

Al principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas, se ha sumado otro, llamado “quién contamina paga”, que se centra no tanto en la víctima sino en el daño potencial y la sanción. Viene formulado como sigue en el principio 16 de la Declaración de Río de 1992:

*“[...]Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.*

Como explicado anteriormente, se puso en marcha un mecanismo de cálculo del coste de los impactos ambientales negativos producidos por actividades humanas. Una vez conocido ese dato, vimos que una opción fue crear derechos negociables en un mercado. Otra opción ha sido imponer el pago de tasas. Se conoce en Europa como la “ecotasa”. En Francia por ejemplo está contemplada en los llamados acuerdos de Grenelle de 2009, y establece una tasa que grava los vehículos de peso pesado, es decir de transporte de mercancías, durante su trayecto, y es destinada a favorecer y financiar medios de transporte alternativos a la carretera debido a su alta contaminación<sup>815</sup>. Su implementación es muy controvertida, dado que afecta a la fiscalidad de las empresas. Dio lugar a fuertes protestas en Bretaña, después de que el Gobierno haya establecido en julio de 2013<sup>816</sup>, el importe de las tasas según los vehículos, provocando manifestaciones violentas de los agricultores y transportistas para su supresión<sup>817</sup>. Si apartamos esa polémica, ese tipo de medidas no deja de ser

---

<sup>814</sup> Véanse L. CARMEL, “Un accord sur le Climat adopté à Varsovie”, *Le Monde* (En línea), sección Planète, 23 de noviembre de 2013. Disponible en: [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/11/23/climat-un-accord-a-ete-adopte-a-varsovie\\_3519332\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/11/23/climat-un-accord-a-ete-adopte-a-varsovie_3519332_3244.html), o “Acuerdo descafeninado en la Cumbre del Clima de Varsovia”, *El Mundo* (En línea), 23 de noviembre de 2013, sección Medio Ambiente. Disponible en : <http://www.elmundo.es/ciencia/2013/11/23/5290e99563fd3de35a8b4574.html>. Consultados en 2013.

<sup>815</sup> *Loi N° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation, relative à la mise en oeuvre du Grenelle de l'environnement.*

<sup>816</sup> Arrêté du 25 juillet 2013.

<sup>817</sup> Véanse los siguientes artículos de prensa: L'Expansion, “Les agriculteurs manifestent contre l'écotaxe”, L'Express (En línea), 22 de octubre de 2013. Disponible en [http://lexpansion.lexpress.fr/economie/les-agriculteurs-manifestent-contre-l-ecotaxe\\_408598.html#xtor=AL-189](http://lexpansion.lexpress.fr/economie/les-agriculteurs-manifestent-contre-l-ecotaxe_408598.html#xtor=AL-189);

una forma de sanción en la que no se considera un daño inmediato a una víctima sino el daño general y potencial.

Por consiguiente, el derecho de responsabilidades inicialmente basado en el comportamiento personal y la falta cometida, y por lo tanto de tipo subjetivo, evolucionó hacia una forma objetiva de responsabilidad, fundada en el riesgo creado por una actividad o un producto<sup>818</sup>. Esta forma objetiva de responsabilidad trata de considerar no tanto los daños causados a víctimas directas concretas sino más bien el daño, real o potencial, causado a la sociedad en su conjunto.

Faltaría detallar y armonizar un régimen de responsabilidades en los supuestos de vulneración de los derechos ambientales. Es la propuesta de los pueblos indígenas de Bolivia.

En efecto, las disposiciones del Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra consensuado entre las organizaciones del Pacto de Unidad y la Asamblea Plurinacional en octubre de 2010, definen tanto el tipo de responsabilidad como de sanciones de las violaciones de los derechos de la Madre Tierra (no llegaron a ser retomadas todas en la Ley N°300 Ley Marco De La Madre Tierra y Desarrollo Integral Para Vivir Bien).

El artículo 33 dispone que de la vulneración a los derechos de la Madre Tierra pueden emerger responsabilidades administrativas, civiles o penales, independientes entre sí, no pudiendo alegarse doble sanción por el mismo hecho. El artículo 34 establece por el daño causado a la Madre Tierra una responsabilidad objetiva con inversión de la prueba. El artículo 35 preve que cuando no sea posible determinar la medida del daño de cada responsable, se aplicará la responsabilidad solidaria así como el derecho de repetición cuando se determine la medida específica del daño de cada uno. Finalmente, el artículo 36 indica el tipo de sanción penal a adoptar en la tipificación de los delitos relacionados con la Madre Tierra: no se podrá establecer una pena menor que dé lugar a la libertad provisional o al beneficio de la suspensión condicional de la pena (punto retomado por el artículo 44.I de la Ley 300), y la reincidencia será sancionada con la agravación de la pena (la Ley 300 precisa un tercio de la pena más grave). Reconoce además la imprescriptibilidad de esos delitos

---

L'Express (En línea), "Manifestations contre l'écotaxe", L'Express, 27 de octubre de 2013. Disponible en [http://www.lexpress.fr/actualite/politique/manifestations-contre-l-ecotaxe-qu-est-ce-qu-il-attend-ayrault-qu-il-y-ait-un-mort\\_1294602.html#m9sPtuc4PWRtLfxH.03](http://www.lexpress.fr/actualite/politique/manifestations-contre-l-ecotaxe-qu-est-ce-qu-il-attend-ayrault-qu-il-y-ait-un-mort_1294602.html#m9sPtuc4PWRtLfxH.03). Consultados en 2013.

<sup>818</sup> F. OST, "Au-delà de l'objet et du sujet...", op. cit., p. 15-16.

(recogida por el artículo 44.II de la Ley 300). En cuanto a sanciones administrativas<sup>819</sup>, aplicados a los contextos de actividades extractivas, propone, en su artículo 25.1.g, que al estar todos los derechos concedidos por el Estado, respecto a los componentes de la Madre Tierra, condicionados al bien colectivo y al cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, el incumplimiento de esa disposición pueda dar lugar a la pérdida de los derechos de propiedad y otros concedidos por el Estado. Los artículos 11 y 25.1.h también prevén medidas restaurativas. No se detalla ese régimen en la Ley N°300, pero el artículo 38 dispone que los derechos de la Madre Tierra son protegidos y defendidos ante la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Agroambiental y la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, según el ámbito de sus competencias.

Consideramos que ese texto es un modelo que podría enriquecer la reflexión en Derecho internacional sobre un régimen de responsabilidades en materia ambiental mas completo.

### **C. Obligación de prevención y principio de precaución**

En un contexto en el que existe una obligación de conservar el Medio Ambiente, que implica abstenerse de cometer actos perjudiciales y tiene como consecuencia la obligación de reparar el daño causado, parece ser más eficaz y menos costoso prevenir un desastre medioambiental que repararlo<sup>820</sup>. Se manifiesta a través de la evaluación del impacto de una actividad susceptible de afectar al Medio Ambiente, para poder tomar medidas preventivas cuando haya un riesgo, es decir antes de que se produzca el daño. Para contemplar las situaciones en las cuales esta evaluación no permite llegar a esa conclusión, porque no se pueden conocer con certeza los efectos dañinos de la actividad o proyecto, se ideó otro principio, el de precaución. En ambos casos significa que interviene un interés ecológico, del mismo valor que el interés económico, y debe ser tenido en cuenta en la toma de decisiones,

---

<sup>819</sup> Le Ley N° 300 dispone que de las vulneraciones a los derechos de la Madre Tierra pueden emerger responsabilidades administrativas y jurisdiccionales, conforme a la ley (artículo 41.I), y que los tipos de responsabilidad por el daño causado serán regulados por ley específica (artículo 42).

<sup>820</sup> Conseil de l'Europe, *Manuel sur les droits de l'Homme et l'environnement*, Conseil de l'Europe, 2012, p.143. Disponible en : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/default\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/default_fr.asp); [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Other\\_Committees/GT-DEV-ENV\\_docs/Manual\\_Env\\_2012\\_nocover\\_Fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Other_Committees/GT-DEV-ENV_docs/Manual_Env_2012_nocover_Fr.pdf)

y como subruya el jurista y filósofo François OST también por los jueces en caso de litigio<sup>821</sup>. Por otra parte, la aplicación del principio de precaución puede implicar el incumplimiento de determinadas obligaciones internacionales por los Estados o la restricción de derechos individuales.

### **1. Consideración del riesgo potencial en la toma de decisiones**

La Convención sobre el Derecho del Mar, provee en su artículo 194-2 un listado de medidas a tomar por los Estados para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino procedente de cualquier fuente (vertimiento por ejemplo). Asimismo su artículo 199 prevé la elaboración de planes de emergencia para hacer frente a incidentes de contaminación en el medio marino, y de ese modo prevenir o reducir los daños.

Se menciona por primera vez la precaución en materia ambiental en la Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de octubre de 1982. Fue consagrado como principio por la Declaración de Río de 1992:

*“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”* (principio 15).

Se convirtió en un principio general de Derecho internacional, y fue recogido en varias convenciones internacionales<sup>822</sup>. En la Declaración de Río+20 se reafirma este principio en los siguientes términos<sup>823</sup>:

*“Nos comprometemos a proteger y restaurar la salud, productividad y resiliencia de los océanos y ecosistemas marinos y mantener su biodiversidad, promover su conservación y uso sostenible para las generaciones presentes y futuras y aplicar efectivamente un enfoque ecosistémico y el enfoque de precaución en la gestión, de conformidad con el*

---

<sup>821</sup> F. OST, “Au-delà de l’objet et du sujet...”, op. cit., p. 16.

<sup>822</sup> Véanse los artículos 3.3 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y 14.1 a) y e) del Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, entre otros.

<sup>823</sup> Punto 158

*derecho internacional, de las actividades que tengan efectos en el medio marino para lograr las tres dimensiones del desarrollo sostenible”.*

Es interesante estudiar las normas de aplicación del principio de precaución reconocido en el Tratado de la Unión europea<sup>824</sup>. Según las líneas directrices de la Comisión europea, el principio de precaución es aplicable solo a un supuesto de riesgo potencial, aunque este no se haya podido demostrar del todo, y que su magnitud no se haya podido cuantificar o sus efectos no hayan podido ser determinados, por insuficiencia o el carácter no concluyente de los datos científicos<sup>825</sup>. Es necesaria una evaluación científica de los efectos negativos potenciales, con base en los datos disponibles para determinar si se requiere medidas destinadas a proteger el Medio Ambiente (o la salud humana, animal o vegetal). El resultado de la evaluación sirve para decidir de la aplicación del principio de precaución<sup>826</sup>. Se debe evaluar la posibilidad de que ocurra un peligro así como su impacto en el Medio Ambiente de una población dada (o la salud), que se convierte entonces en víctima potencial, inclusive el alcance de los posibles daños, su persistencia, su reversibilidad y sus efectos tardíos<sup>827</sup>. La evaluación científica no constituye una obligación de resultado sino de medios, dado que lo que se pide es que se pongan todos los medios y esfuerzos necesarios para evaluar los datos científicos disponibles aunque no sea posible hacer una evaluación completa<sup>828</sup>.

La evaluación del riesgo debe versar sobre cuatro elementos: identificación del peligro, caracterización del peligro, evaluación de la exposición y caracterización del riesgo<sup>829</sup>. Por último, aunque se aplique el principio de precaución, no se puede derogar a otros principios en la gestión del riesgo, que son: i) la proporcionalidad (medidas proporcionadas al nivel de protección buscado) ; ii) la no-discriminación (la aplicación de medidas no pueden producir discriminación) ; iii) la coherencia (entre las medidas tomadas y las tomadas anteriormente en supuestos similares); iv) análisis de las ventajas y cargas que resultan de la acción o ausencia de acción (análisis económico coste/beneficio si procede, o de otro tipo que permitan medir el impacto

---

<sup>824</sup> Artículo 130 R del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

<sup>825</sup> Commission européenne, Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, Commission européenne, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000) 1 final, p. 13.

<sup>826</sup> *Ibid.*

<sup>827</sup> *Ibid.*

<sup>828</sup> *Ibid.*

<sup>829</sup> *Ibid.*

socio-económico de las distintas opciones posibles por ejemplo); v) análisis de la evolución científica (mientras los datos científicos no sean completos, lo que supone un seguimiento del impacto y posible modificación de la evaluación)<sup>830</sup>. Por otra parte, las medidas basadas en el principio de precaución pueden establecer una responsabilidad en materia de producción de las pruebas científicas necesarias a una evaluación completa del riesgo<sup>831</sup>.

Por consiguiente, aparece claramente que la duda en materia de riesgos ambientales debe beneficiar al ciudadano, y que su evaluación requiere estudios de impacto completos, como los que promueven los indígenas en el marco de las actividades de exploración y explotación de recursos en sus territorios.

Una ilustración de la complejidad de las evaluaciones de impacto es la aparición de la compensación.

## **2. Las medidas de compensación**

Junto con el desarrollo de los estudios de impacto, ha surgido una práctica entre las empresas que consiste en adoptar medidas restaurativas para compensar daños identificados como resultado de un proyecto. Se trata de llevar a cabo actividades que van a permitir producir un impacto positivo en el Medio Ambiente, a cambio de haber producido un impacto negativo.

El ejemplo clásico son las compañías aéreas que ofrecen, a sus clientes, la posibilidad (mediante una contribución financiera simbólica) de plantar árboles para compensar las emisiones de combustibles de los aviones. Parece una forma de reparación por anticipado. En este caso la medida no guarda mucha relación con los daños, pero, aplicado a grandes proyectos de construcción o exploración puede presentar cierto interés, siempre que las medidas se correspondan con los impactos reales<sup>832</sup>. Los defensores del Medio Ambiente llaman la atención en ese aspecto, para que el modo de llevar a cabo esa evaluación permita considerar la dinámica global de los ecosistemas en una zona determinada. En ese sentido critican por ejemplo una aproximación funcional que consiste en atribuir funciones ecológicas a las distintas zonas (húmedas por ejemplo), para determinar la compensación de la pérdida de una

---

<sup>830</sup> *Íd.*, pp. 17ss.

<sup>831</sup> *Íd.*, p. 22.

<sup>832</sup> Esa práctica está permitida en Francia por el artículo 230 de la Loi N°210-788 de 12 juillet 2010 portant engagement nacional pour l'environnement.

función (por ejemplo hidráulica o epuradora), por otra función (por ejemplo el habitat de animales), en esa misma zona, o en otra dentro del espacio del proyecto<sup>833</sup>.

Por lo tanto el contenido y el alcance de esas medidas requiere ser aclarado. En todo caso, la compensación debería ser subsidiaria y residual, es decir aplicarse sólo cuando no se puede evitar el daño, y para lo que es realmente “compensable”.

### **3. Incumplimiento de obligaciones y restricción de derechos individuales motivados por la protección del Medio Ambiente**

En su jurisprudencia *Gabcikovo-Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia admite que la salvaguardia del equilibrio ecológico puede constituir un *interés esencial* del Estado en el sentido del Derecho internacional, que según el Derecho internacional consuetudinario puede, bajo ciertos requisitos<sup>834</sup>, justificar el incumplimiento o una actuación contraria a una obligación internacional (en ese caso la suspensión de obras previstas en un tratado bilateral), y de ese modo excluir su ilicitud, cuando este interés se ve amenazado por un peligro grave e inminente (en ese caso Hungría alegaba la alteración de la calidad del agua y la erosión del causal del río)<sup>835</sup>. Es la teoría del estado de necesidad, que la Corte, a pesar de considerar improcedente su aplicación al caso por no estar reunidos los requisitos<sup>836</sup>, afirma su aplicabilidad a la protección del Medio Ambiente (siempre que se cumplan los requisitos establecidos).

---

<sup>833</sup> Véanse por ejemplo el proyecto de Aeropuerto en Notre-Dame-des-Landes en el Oeste de Francia : En *Les décompensateurs en lutte, Compensation à Notre-Dame-des-Landes : la nature à vendre. Lettre ouverte au Comité d'expertise scientifique dans le cadre de la Procédure d'autorisation au titre de la Loi sur l'eau pour le projet d'Aéroport du Grand Ouest*.

<sup>834</sup> En aquél momento la Corte se basaba en el artículo 33 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad internacional de los Estados, que hoy se corresponde con el artículo 25 de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos de 28 de enero de 2002 (A/RES/56/83), y dispone que: “1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho: a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto; 2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”

<sup>835</sup> CIJ, *Gabcikovo-Nagymaros* (Hungría contra Eslovaquia), fallo de 25 de septiembre de 1997, párr. 51-53.

<sup>836</sup> *Id.*, párr. 55-57.

Por otra parte, se ha reconocido al Estado, como consecuencia de la aplicación del principio de precaución, la facultad para limitar derechos individuales consagrados por la Constitución o reconocidos en un instrumento jurídico internacional, invocando el interés general con el propósito de proteger el Medio Ambiente. Por ejemplo, en el caso *Hakansson y Sturesson c/ Suecia*<sup>837</sup>, se admite la limitación por el Estado del derecho al uso de un bien de un particular (tierras en el presente caso), consagrado por el artículo 1 del Protocolo N°1 al Convenio europeo de Derechos Humanos que protege la propiedad, puede ser justificada por una causa de utilidad pública (en el presente caso la racionalización de la agricultura)<sup>838</sup>. Nos recuerda al Derecho interno boliviano, cuya Ley INRA modificada por la Ley N°3545 establece entre sus tres causas de utilidad pública susceptibles de fundamentar una expropiación: el reagrupamiento y la redistribución de tierras y la conservación y protección de la biodiversidad.

Por consiguiente, la obligación de conservación del Medio Ambiente acarrea una doble responsabilidad compartida por los Estados: prevenir los daños y repararlos si se produce, con una obligación conexa y transversal de cooperación para llegar al objetivo de conservación. El equilibrio ecológico se convierte en lo que podríamos llamar un imperativo ecológico, a contraponer, o mejor dicho oponer, al imperativo económico.

De lo expuesto a lo largo de este capítulo se hace obvia la interrelación entre el Medio Ambiente, sus componentes y el uso de los mismos. Significa que los llamados recursos naturales no pueden ser desvinculados de su soporte, como la tierra o el agua<sup>839</sup>. Podemos afirmar que el régimen jurídico del Medio Ambiente como patrimonio constituido de bienes comunes se basa en una reciprocidad de derechos y obligaciones con una doble función: garantizar a la vez el disfrute de sus componentes, y su protección. Como consecuencia de ese régimen jurídico protector, se ha ido construyendo un Derecho objetivo del Medio Ambiente, del que dimana una serie de derechos subjetivos que permiten la gestión y defensa del Medio Ambiente. Serán nuestro objeto de estudio en el próximo título.

---

<sup>837</sup> TEDH, *Hakansson y Sturesson c/ Suecia*, sentencia de 21 de febrero de 1990.

<sup>838</sup> Jurisprudencia confirmada por TEDH *Fredin c/ Suecia*, sentencia de 18 de febrero de 1991.

<sup>839</sup> O. BARRIÈRE, C. BARRIÈRE, *Un Droit à inventer : Foncier et environnement dans le Delta intérieur du Niger*(Mali), IRD, Paris, 2002.

## **TÍTULO II. EL DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE : UN DERECHO HÍBRIDO**

Si bien el Derecho internacional llega a considerar el Medio Ambiente como un patrimonio, objeto de derechos, mas difícilmente acepta que este pueda ser sujeto de derechos, como los derechos que se atribuyen a la Madre Tierra. Sin embargo, reconoce la necesidad de involucrar a los ciudadanos en la gestión del Medio Ambiente, y por esa vía avanza en la formación de un derecho al Medio Ambiente; derecho que parece incluir varios componentes que constituyen al mismo tiempo formas indirectas de proteger el Medio Ambiente (capítulo I). Por otra parte, se diseñan formas mas directas de defender al Medio Ambiente, con la creación de mecanismos legales especiales (capítulo II).

## **CAPÍTULO I. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y SUS COMPONENTES**

El artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de 1998, conocida como Convención de Aarhus<sup>840</sup>, establece que:

*“A fin de contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar, cada Parte garantizará los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales de conformidad con las disposiciones de la presente Convención”.*

Este texto establece un derecho a vivir en un ambiente saludable como un derecho individual y queda formulado como un derecho principal (I). Para hacerlo efectivo, propone otros derechos, que son por lo tanto instrumentales: el derecho de acceso a la información (II), la participación en la toma de decisiones (III), el y acceso a la justicia en asuntos ambientales (IV). Nos apoyaremos en esa clasificación para analizar el derecho a un Medio Ambiente sano, así como esos tres derechos que calificamos de *procedimentales*<sup>841</sup>, en la medida en la que ofrecen a los ciudadanos procedimientos que permiten controlar la gestión del Medio Ambiente y sus componentes, así como protegerlo.

### **I. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO**

Inicialmente visto como una exigencia para proteger la salud del individuo, el derecho a un Medio Ambiente sano pasó de una creación simbólica a una consecración jurisprudencial.

---

<sup>840</sup> Convención adoptada en la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa” celebrada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998, firmada por 39 Estados. Disponible en la página web del ECOSOC : <http://www.unece.org>

<sup>841</sup> Terminología que tomamos prestada a M. DÉJEANT-PONS, “Les droits de l’homme procéduraux à l’environnement dans le cadre international paneuropéen”, En F. OST, S. GUTWIRTH..., *Quel avenir pour le droit de l’environnement?*, op. cit., p. 318.

Pocos son los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen de forma explícita un derecho a un Medio Ambiente sano. Suelen ser de carácter regional y el único que es universal no es vinculante. Se trata del Protocolo adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o Protocolo de San Salvador de 1988) cuyo artículo 11 establece un “derecho a un Medio Ambiente sano”, definido como el derecho de toda persona a “vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos”; la Carta Africana de Derechos humanos cuyo artículo 24 consagra un derecho, colectivo, de todos los pueblos “a un Medio Ambiente satisfactorio y global, propicio a su desarrollo”<sup>842</sup>; la Carta Árabe de Derechos Humanos, cuyo artículo 38 reconoce a toda persona “un derecho, para ella y su familia, a un Medio Ambiente sano”; la Declaración de Derechos humanos de la ASEAN, que reconoce, en el párrafo 28.f, el “derecho de toda persona a un medio ambiente sin riesgos, limpio y sostenible”; y la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, cuyo artículo 3, antes citado, establece el derecho, de todo ser humano y comunidad, “a habitar el planeta y al Medio Ambiente”. Esos derechos se plantean tanto individual (la persona, el ser humano) como colectivamente (los pueblos, las comunidades), aunque sin llegar a identificar un sujeto global como podría ser la humanidad.

Esas disposiciones se han quedado por ahora sin efecto, dado que no han sido objeto de invocación directa ante las jurisdicciones competentes. En cambio, a pesar de no existir formalmente en el Convenio europeo de Derechos Humanos, encontramos recursos basados en ese derecho en la jurisprudencia europea. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió recursos basados en el derecho a un Medio Ambiente sano y equilibrado, siempre y cuando la legislación nacional reconocía tal derecho, considerando que constituía un derecho de carácter civil señalado en el artículo 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos<sup>843</sup>, protegido por las garantías del proceso equitativo. En el caso *Taskin y otros c/ Turquía*, el Tribunal concluye que fue violado el artículo 6.1 por la incapacidad de las autoridades turcas en aplicar una decisión del Tribunal administrativo confirmada por el Consejo de Estado, que establecía la cancelación de un permiso de explotación de

---

<sup>842</sup> “*Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement*”.

<sup>843</sup> Véanse por ejemplo casos *Taskin y otros c/ Turquía*, sentencia de 10 de noviembre de 2004, párr. 90 o *Balmer-Schafroth y otros c/ Suiza*, sentencia de 26 de agosto de 1997, párr. 33.

una mina por producir efectos perjudiciales para el Medio Ambiente y la salud humana<sup>844</sup>.

Asociaciones de defensa del Medio Ambiente llegaron a presentar recursos invocando un interés público general a la protección del Medio Ambiente. En esos casos, el Tribunal europeo consideró que el recurso era admisible siempre que no fuera basado exclusivamente en ese interés general sino que pretendiera también proteger el interés patrimonial de los miembros de la asociación. Por ejemplo, en el caso *Gorraiz Lizarraga y otros c/ España*<sup>845</sup>, en el que una asociación se oponía a la construcción de una presa en un pueblo navarro, en defensa de sus bienes y modo de vida, así como del interés general, el Tribunal consideró que, frente a un delito ambiental, como es el vertido masivo de hidrocarburos por buques (o su riesgo, en el presente caso), el público tenía un interés jurídico en llevar los responsables a juicio.

Por consiguiente, pasamos de un derecho individual a vivir en un Medio Ambiente sano e equilibrado, cuyo titular es el individuo que pretende defender un interés o bien particular (su salud, su casa), a un derecho colectivo, cuyo titular serían los seres humanos, y que apunta a defender el interés general (la protección del Medio Ambiente). Aunque el reconocimiento de ese último queda vinculado a la existencia simultánea de un derecho individual, se abre el camino hacia el reconocimiento de un derecho a un Medio Ambiente, *per se*, y por lo tanto autónomo -como lo prescribe la tradición jurídica indígena, incorporada por Derecho estatal boliviano- y la posibilidad de invocarlo ante un tribunal nacional o regional.

## II. EL DERECHO PÚBLICO A LA INFORMACIÓN

El principio 10 de la Declaración de Río de 1992 establece que:

*“El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones”.*

---

<sup>844</sup> TEDH, *Taskin y otros c/ Turquía*, párr. 135 y 138.

<sup>845</sup> TEDH, *Gorraiz Lizarraga y otros c/ España*, sentencia de 27 de abril de 2004, párr. 46 et 47.

Participar en la gestión del Medio Ambiente requiere ser previamente informado sobre datos ambientales así como las actividades que afectan al Medio Ambiente. La Convención de Aarhus contempla expresamente, en su artículo 4 antes citado, el acceso a la información sobre el Medio Ambiente. Aunque los instrumentos jurídicos internacionales de protección de derechos humanos no cuentan con una disposición parecida, un derecho público a la información en materia ambiental ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional mediante la interpretación o invocación de otros derechos garantizados en los textos de derechos humanos. Tanto la jurisprudencia europea como americana se basan en la libertad de pensamiento y expresión<sup>846</sup> para reconocer un derecho a recibir información bajo el control del Estado relacionada con el Medio Ambiente, así como a difundirla (caso de los defensores del Medio Ambiente por ejemplo). Veamos cual es el alcance de ese derecho en ambos casos.

Según la Convención de Aarhus, las autoridades públicas deben poner a disposición del público las informaciones sobre el Medio Ambiente que se les solicite, sin que el público tenga que invocar un interés particular. Esta disposición admite una serie de restricciones bastante amplia, que permiten a la autoridad denegar la información: si ésta no dispone de la información solicitada, si la solicitud es abusiva o formulada en términos demasiado generales, si se refiere a documentos en elaboración, o si la divulgación de la información solicitada tiene efectos desfavorables sobre el secreto de las deliberaciones, las relaciones internacionales, la defensa nacional o la seguridad pública, la buena marcha de la justicia, el secreto comercial o industrial, o los derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, el artículo 5 de la Convención establece un deber general de difusión pública de información sobre el Medio Ambiente poniendo a disposición del público de manera transparente y realmente accesible los textos internacionales (convenios, acuerdos internacionales o otros pertinentes), la legislación y los programas nacionales relativos al Medio Ambiente, así como informes nacionales periódicos sobre el estado del Medio Ambiente.

El TEDH considera que, en materia ambiental, es de interés general permitir a los individuos y los grupos que contribuyan al debate público mediante la difusión

---

<sup>846</sup> Reconocida en los artículos 10 y 13 del Convenio europeo de Derechos Humanos y de la Convención americana sobre Derechos Humanos respectivamente.

de información e ideas sobre temas de interés público<sup>847</sup>. Asimismo la CorteIDH recuerda, en el caso *Claude Reyes y otros c/ Chile*<sup>848</sup>, que la Asamblea General de la OEA en diversas resoluciones consideró que el acceso a la información pública era un requisito indispensable para el funcionamiento mismo de la democracia, una mayor transparencia y una buena gestión pública, y que en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía ejerce sus derechos constitucionales a través de una amplia libertad de expresión y de un libre acceso a la información<sup>849</sup>. Apoyándose en la opinión de la Asamblea General de la OEA, la Corte afirma que<sup>850</sup>:

*“Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que ésta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.*

El Estado debe poner a disposición esta información cuando es solicitada. Lo anterior significa, según el TEDH, que el Estado no tiene la obligación de difundir esa información de oficio<sup>851</sup>, al menos que los destinatarios de esa información vean su derecho a la vida o su derecho a la vida privada y familiar<sup>852</sup> amenazados<sup>853</sup>, o que la información verse sobre resultados de un estudio sobre consecuencias ambientales que suponen un riesgo para la población<sup>854</sup>. En todo caso, el acceso a la información no debe suponer un proceso largo y complejo<sup>855</sup>, sino ser un procedimiento efectivo y accesible que permita a cualquiera pedir la información pertinente y adecuada<sup>856</sup>.

---

<sup>847</sup> TEDH, *Steel et Morris c/. Reino-Unido*, sentencia de 15 de febrero de 2005, párr. 89 y *Vides Aizardzibas Klubs c/. Letonia*, fallo de 27 de mayo de 2004, párr. 40.

<sup>848</sup> CorteIDH, Caso *Claude Reyes y otros c/ Chile*, Fondo de reparaciones y costas, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie N°151.

<sup>849</sup> *Íd.*, párr.84.

<sup>850</sup> *Íd.*, párr. 77.

<sup>851</sup> TEDH, *Guerra y otros c/ Italia*, sentencia de 19 febrero de 1998.

<sup>852</sup> Artículo 2 y 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos, respectivamente.

<sup>853</sup> TEDH, *Öneryıldız c/ Turquía*, sentencia de 30 de noviembre de 2004, párr.90 ; *Guerra y otros c/ Italia*, supra y *Boudaieva y otros c/ Russia*, sentencia de 20 marzo de 2008, párr. 131.

<sup>854</sup> TEDH, *Brânduse c/ Rumanía*, sentencia de 7 de abril de 2009, párr. 63.

<sup>855</sup> TEDH, *Roche c/ Reino-Unido*, sentencia de 19 octubre 2005, párr. 165.

<sup>856</sup> TEDH, *McGinley y Egan c/ Reino-Unido*, sentencia de 9 de junio de 1998, párr. 97 y 101.

Tanto el Tribunal europeo<sup>857</sup> como la Corte Interamericana<sup>858</sup> admiten restricciones a ese derecho por parte del Estado bajo condiciones estrictas. La restricción debe estar contemplada en una ley (la CorteIDH añade que por motivo de interés general; perseguir un fin legítimo según el TEDH, o el fin establecido por la ley), así como un objetivo permitido por la Convención americana sobre Derechos Humanos para la CorteIDH. Finalmente, en el caso europeo, se exige proporcionalidad entre la medida tomada y el fin perseguido, así como un justo equilibrio entre el interés del individuo y el de la comunidad, y en el caso americano la restricción tiene que ser necesaria en una sociedad democrática, es decir orientada a satisfacer un interés público imperativo. Por consiguiente, el no recibir la información solicitada, denegarla sin justificación o sin motivos legítimos constituye una violación del derecho a la información. Por último, como lo subraya la CorteIDH, debe existir un recurso sencillo, rápido y efectivo en caso de denegación de información<sup>859</sup>, lo que estudiaremos mas adelante.

El derecho público a la información no solo implica el deber del Estado de poner la información a disposición de los ciudadanos, sino también de informar a los demás Estados cuando una actividad puede tener un impacto en su territorio o en los espacios internacionales (aguas ect). El deber de un Estado de informar y consultar a otros sobre los efectos ambientales perjudiciales que podrían tener determinadas actividades o proyectos en su territorio se basa en los principios de cooperación y obligación de informar, qui dimanen del Derecho internacional público<sup>860</sup>. Fueron consagrados en numerosos tratados bilaterales y multilaterales<sup>861</sup>. Fueron también confirmados por la Corte Internacional de Justicia en asuntos que versaban sobre contaminación en zonas de agua tranfronterizas, como el caso ya citado del proyecto Gabcikovo-Nagymaros, entre Hungría y Eslovaquia, o el de las fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay<sup>862</sup>, entre Argentina y Uruguay. En ese último, la CIJ considera además que existe en Derecho internacional general una obligación de

---

<sup>857</sup> TEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Letonia*, supra, párr. 40.

<sup>858</sup> CorteIDH, *Caso Claude Reyes y otros c/ Chile*, supra, párr. 88 ss.

<sup>859</sup> *Id.*, párr. 137.

<sup>860</sup> Conseil de l'Europe, *Manuel sur les droits de l'Homme et l'environnement*, op. cit, p. 144.

<sup>861</sup> Véanse por ejemplo el artículo 198 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, los artículos 14.1, c) y d) y 17 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica ; los artículos 14 y ss del Convenio sobre responsabilidad civil por los daños causados por actividades que resultan peligrosas para el Medio ambiente.

<sup>862</sup> CIJ, *Fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay, Argentina c/ Uruguay*, Fallo de 20 de abril de 2010.

proceder a la evaluación del impacto en el Medio Ambiente de una actividad industrial proyectada cuando haya un riesgo de que tenga un impacto perjudicial importante en un contexto transfronterizo, y eso de modo previo al inicio de la actividad. Esas obligaciones se distinguen de una aproximación a las cuestiones ambientales basada en la responsabilidad, con el trasfondo de la soberanía y la integralidad territorial de los Estados, presente en asuntos contenciosos de la CIJ relacionados con la contaminación transfronteriza<sup>863</sup>.

Podríamos añadir un deber de información compartido entre el Estado y las empresas que proyectan llevar a cabo actividades que puedan afectar al Medio Ambiente, o al medio en el que vive una determinada comunidad. Consideramos que ese deber es parte del derecho a la consulta de los pueblos indígenas comentado en nuestra primera parte, y tiene vocación a aplicarse a cualquier comunidad en una situación parecida, es decir que puede ver su medio afectado por actividades tanto empresariales como estatales.

Para concluir ese párrafo, podemos destacar una propuesta interesante de los pueblos indígenas de Bolivia<sup>864</sup>: la instauración de un sistema de información de la Madre Tierra, permanentemente actualizado, y articulado a todos los niveles del Estado, que garantice el acceso a la información, seguro y responsable, orientado a la planificación, el monitoreo, el control social y la investigación, en el marco de la ley. Lo anterior requiere que desde el Estado se norme el manejo, intercambio y acceso a la información sobre políticas, planes, programas y proyectos nacionales y respecto a las organizaciones e instituciones públicas y privadas que deberán brindar información al pueblo sobre los componentes de la Madre Tierra. Este mecanismo podría constituir una buena práctica a implementar en todos los Estados.

Como bien se destaca en esa propuesta, el alcance de la instauración de un sistema de información es facilitar la planificación y el monitoreo de las actividades de uso de los componentes del Medio Ambiente y su protección, con un papel activo

---

<sup>863</sup> Véanse por ejemplos los siguientes casos: *Fumigaciones aéreas con herbicida*, Ecuador c/ Colombia, sometido ante la CIJ el 31 de marzo de 2008 y abandonado por desistimiento el 12 de septiembre de 2013 ; *Construcción de una carretera en Costa Rica en la ribera del río San Juan*, Nicaragua c/ Costa Rica, sometido ante la CIJ el 22 de diciembre de 2011, pendiente de resolución, con providencia de medidas cautelares de 8 de marzo de 2011, y solicitud posterior de medidas cautelares por Nicaragua denegada por providencia de 13 de diciembre de 2013.

<sup>864</sup> Artículo 25.1.n y o del Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra, supra.

de los ciudadanos que deben tener la posibilidad de participar en la toma de decisiones en esa materia.

### **III. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA TOMA DE DECISIONES**

La participación en la toma de decisiones debe entenderse desde una perspectiva mas amplia: la inclusión de los ciudadanos en la gestión directa de la vida pública. Como lo espresa muy bien el artículo 7 de la Declaración Universal sobre Derechos Emergentes antes citada, una democracia es participativa si los seres humanos tienen el derecho a ser consultados colectivamente en las decisiones que les afecten y a la participación en la adopción y control de decisiones públicas en las materias que les conciernan. Una de las materias que les afecta es el Medio Ambiente. Afecta a los ciudadanos en general, y en especial a los indígenas por su modo de vida conectado con la Naturaleza. Ese modo de vida también convierte a los indígenas en actores privilegiados de la gestión de los recursos naturales.

Por lo anterior, es interesante ver, en primer lugar, cómo se plantea el derecho a la participación en la toma de decisiones relativas al Medio Ambiente en términos generales, y, en segundo lugar, analizar su aplicación especial en relación con los derechos indígenas.

#### **A. Planteamiento general**

El artículo 6 de la Convención de Aarhus se refiere explícitamente a la participación del público en los procesos de toma de decisiones susceptibles de afectar al Medio ambiente, señalando las condiciones en las cuales se debe realizar el proceso (por ejemplo mediante convocatoria expresa indicando la fecha, el lugar y el procedimiento para participar). El TEDH se ha pronunciado al respecto, considerando que los ciudadanos han de participar en el proceso de adopción de una decisión relativa a cuestiones ambientales cuando ésta puede llegar a vulnerar otro derecho<sup>865</sup>. Por otra parte, el Tribunal insistió en la necesidad de realizar encuestas y estudios

---

<sup>865</sup> TEDH, *Hatton y otros c/ Reino Unido*, sentencia de 8 de julio de 2003.

sobre el impacto ambiental a considerar en el proceso de decisión, y de ese modo permitir la valoración de todos los intereses en juego<sup>866</sup>.

El ámbito internacional nos ofrece un elemento adicional. Como anteriormente señalado, el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, junto con el Programa 21, también recalcan la importancia de la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones que suponen un impacto ambiental. Ahora bien, el principio 22 hace hincapié en el papel de las comunidades indígenas y locales al respecto. No se trata solo de decisiones sobre la realización de actividades que pueden producir efectos perjudiciales para el Medio Ambiente (como la exploración y explotación de recursos), sino que abarca también, de forma más general, las decisiones relativas a la gestión de los recursos (lo que incluye en particular las modalidades de cultivo de la tierra, la producción y la comercialización). Esa diferencia es lo que distingue el derecho a la participación en la toma de decisión del derecho a la consulta, que se centra en el primer aspecto.

Haciendo eco a este principio, varias organizaciones internacionales han estado promoviendo la participación de las comunidades indígenas en los sistemas de gestión de los recursos, con decisiones fundamentadas en los conocimientos tradicionales.

## **B. Sistemas de gestión participativa**

En el capítulo anterior explicábamos que los conocimientos indígenas se destacaban como un elemento a tener en cuenta en la gestión de los recursos. Por eso, desde organismos internacionales se ha intentado promover el reconocimiento de los derechos territoriales y el empoderamiento de los pueblos indígenas. Ese llamamiento empezó con el Convenio 169 de la OIT, en el que por primera vez en el marco del Derecho internacional se reconocía que los derechos territoriales indígenas derivaban de sus derechos consuetudinarios y que deberían adoptarse medidas tendientes a impedir que personas extrañas a esos pueblos pudieran aprovecharse de sus costumbres o del desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros, para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos<sup>867</sup>. Desde entonces ha habido iniciativas en ese sentido, orientadas a la gestión

---

<sup>866</sup> *Ibid.*, y TEDH *Taskan y otros c/ Turquía*, *supra*.

<sup>867</sup> Artículo 17.

participativa de las tierras y sus recursos. Por guardar una relación concreta con el tema que nos ocupa, citaremos dos: la primera en el marco de la conservación del patrimonio mundial natural (a través de la UNESCO) y la segunda en materia de agricultura (a través de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, FAO).

### **1. Los saberes indígenas como fundamento de la toma de decisiones**

La UNESCO considera que para definir objetivos de desarrollo sostenible, de uso de los recursos y de gestión de la conservación, es preciso elaborar *sistemas eficaces de gestión participativa*<sup>868</sup>. Según las Orientaciones para la implementación de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, cada bien propuesto para su inscripción como Patrimonio mundial debe tener un plan de gestión adecuado u otro sistema de gestión documentado, destinado a protegerlo, y que debe especificar de qué modo se va a preservar el valor universal excepcional, preferentemente mediante medios participativos<sup>869</sup>. Estos sistemas pueden variar en función de las distintas perspectivas culturales, los recursos disponibles u otros factores<sup>870</sup>. Pueden incorporar prácticas tradicionales, instrumentos de planificación urbana o regional en vigor, y otros mecanismos de control de planificación formal e informal<sup>871</sup>. Se considera de especial importancia, las evaluaciones del impacto de las intervenciones propuestas. En ese documento, la UNESCO da unos lineamientos para un sistema de gestión eficaz<sup>872</sup>:

- *“Un conocimiento detallado y compartido del bien por todos los actores implicados;*
- *Un ciclo oficial y non oficial de planificación, implantación, seguimiento, evaluación y reacción;*
- *El seguimiento y la evaluación de los impactos de las tendencias, cambios e intervenciones propuestas;*
- *La participación de los socios y actores implicados;*

---

<sup>868</sup> VV. AA., *Gérer la patrimoine mondial naturel*, op. cit., p. 59.

<sup>869</sup> Párrafo 108 y 109 de las *Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial*, aprobadas por la UNESCO en julio de 2012. Disponible en : <http://whc.unesco.org/fr/orientations/>.

<sup>870</sup> *Íd.*, párr. 110.

<sup>871</sup> *Ibid.*

<sup>872</sup> *Íd.*, párr. 111.

- La asignación de recursos necesarios;
- El fortalecimiento de capacidades; y
- La descripción contable transparente del funcionamiento del sistema de gestión”.

Asimismo la UNESCO invita a los Estados no solo a preservar los saberes tradicionales así como los modos de vida mediante el reconocimiento de derechos territoriales sino también a incluir esos saberes en las políticas de adaptación y planificación <sup>873</sup>:

*“Las políticas que apoyan la capacidad de recuperación y la adaptabilidad son aquellas que mantienen la integridad y el acceso a los territorios tradicionales, refuerzan las prácticas locales, respaldan la diversidad de cultivos o de rebaños y mejoran la transmisión de los conocimientos, los valores, las actitudes y las visiones del mundo indígena. (párr. 24)*

[...]

*[Las acciones de los gobiernos] pueden incluir políticas para preservar opciones estratégicas y alternativas de respaldo mediante el apoyo a la continuación de los estilos de vida nómadas o seminómadas, la garantía al acceso y la propiedad de los territorios tradicionales, la eliminación de las restricciones innecesarias a los recursos y el fomento de la diversidad de cultivos domésticos y animales, entre otros”. (Conclusiones)*

En resumidas cuentas, la UNESCO apela a los Estados a que “los procesos de toma de decisiones respondan y sean receptivos a los pueblos que son afectados y a la vez les ofrezcan apoyo para que participen plena y efectivamente en la gobernabilidad del cambio climático”<sup>874</sup>.

## **2. La gobernanza de la tenencia de la tierra como garantía de la seguridad alimentaria**

La FAO se interesó por la gobernanza de la tenencia de la tierra, como elemento crucial para determinar si las personas, comunidades y otros grupos consiguen adquirir aquellos derechos y deberes conexos que les permiten utilizar y controlar la tierra, la pesca y los bosques, y con arreglo a qué modalidades los

---

<sup>873</sup> UNESCO & UNU, op. cit.

<sup>874</sup> Íd., párr. 25.

consiguen<sup>875</sup>. Antes de detallar en qué consistió esa experiencia, cabe precisar lo que se entiende por seguridad alimentaria.

*a. El derecho a la seguridad alimentaria*

Los daños ambientales pueden llegar a causar cierta inseguridad alimentaria, debida por ejemplo a la escasez del agua, la degradación de los suelos o el cambio climático. Por eso se formuló en Derecho internacional, un nuevo derecho: el derecho a la seguridad alimentaria. Este derecho tiene su origen en la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de 1996<sup>876</sup>:

*“Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias en cuanto a los alimentos a fin de llevar una vida activa y sana”.(Punto 1 del Plan de Acción de la Cumbre)*

Se entiende hoy como el derecho de toda persona a disponer de alimentos sanos, suficientes y nutritivos. Fue reafirmado por la Declaración final de Río+20 en esos mismos términos<sup>877</sup>. La seguridad alimentaria guarda relación con otros derechos, como el derecho a la no contaminación. Por otra parte, se reconocen también la importancia de las prácticas agrícolas tradicionales sostenibles, como los sistemas tradicionales de suministro de semillas, sobre todo para muchos pueblos indígenas y comunidades locales<sup>878</sup>.

Como medidas de protección del derecho a la seguridad alimentaria, los pueblos indígenas de Bolivia consideran que se debe prohibir el uso y aprovechamiento de semillas genéticamente modificadas, para proteger el patrimonio genético de la agrobiodiversidad, así como la conversión de uso de suelos, de bosque a otros usos en áreas de aptitud exclusivamente forestal<sup>879</sup>.

Cabe notar que la seguridad alimentaria se distingue de la soberanía alimentaria que corresponde a la facultad de cada pueblo para definir sus propias políticas agrarias y alimentarias de acuerdo a objetivos de desarrollo sostenible y

---

<sup>875</sup> Véanse la página web de la FAO dedicada a este tema : [http://www.fao.org/nr/tenure/gobernanza-de-la-tenencia/es/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/nr/tenure/gobernanza-de-la-tenencia/es/?no_cache=1)

<sup>876</sup> Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada, bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, en Roma del 13 al 17 de noviembre de 1996.

<sup>877</sup> Declaración final de Río+20, apartado 108.

<sup>878</sup> Declaración final de Río+20, apartado 109.

<sup>879</sup> Anteproyecto de Ley marco de la Madre Tierra, supra, artículo 25. 2 y 3.

seguridad alimentaria. Fue destacado por los pueblos de la Cumbre de los Pueblos, quienes llamaron a los Estados al respecto de la agricultura campesina, familiar e indígena, que produce el 70% de los alimentos de la humanidad, y a la adopción de un nuevo sistema de producción de alimentos, basado en la agroecología.

*b. La gobernanza de la tenencia de la tierra*

La FAO promovió la elaboración de unas Directrices destinadas a reforzar la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques (Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional)<sup>880</sup>. Estas Directrices tienen como objetivo fomentar la seguridad de los derechos de tenencia, garantizar el acceso equitativo a la tierra, la pesca y los bosques como medio para erradicar el hambre y la pobreza, respaldar un desarrollo sostenible y mejorar el medio ambiente. Fueron ratificadas oficialmente por el Comité de Seguridad alimentaria Mundial el 11 de mayo de 2012.

En el párrafo 9.1 de las Directrices, la FAO apela a los actores estatales y no estatales a reconocer que la tierra, la pesca y los bosques encierran un valor social, cultural, espiritual, económico, medioambiental y político para los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia. Podemos destacar algunas de las obligaciones de los Estados sentadas en las Directrices:

*“Acoger favorablemente y facilitar la participación de los usuarios de la tierra, la pesca y los bosques en un proceso plenamente participativo de la gobernanza de la tenencia que incluya entre otras cosas la formulación y aplicación de políticas y leyes y de decisiones sobre el desarrollo territorial, en función de los papeles de los actores estatales y no estatales y en consonancia con las legislaciones nacionales. (Párr. 4.10)*

[...]

*Garantizar que los marcos de políticas, jurídicos y organizativos para la gobernanza de la tenencia reconozcan y respeten, de conformidad con las leyes nacionales, los derechos legítimos de tenencia, en particular los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal, y facilitar, fomentar y proteger el ejercicio de los derechos de tenencia. Los marcos deberían reflejar la importancia social, cultural, económica y ambiental de la tierra, la pesca y los bosques.*

[...]

---

<sup>880</sup> Disponibles en la página web de la FAO dedicada al tema : <http://www.fao.org/nr/tenure/voluntary-guidelines/es/>

*Implantar unos marcos que no sean discriminatorios y que promuevan la equidad social y la igualdad de género. Los marcos deberían reflejar las interconexiones que existen entre la tierra, la pesca y los bosques y sus usos, y establecer un enfoque integrado para su administración. (Párr. 5.3)*

Uno de los principios de aplicación de las Directrices planteado por la FAO es el enfoque holístico y sostenible, que consiste en reconocer la interrelación que existe entre los recursos naturales y sus usos, y adoptar un enfoque integrado y sostenible para su administración. En esa línea, la FAO ha puesto a prueba e implementado un enfoque de delimitación participativa de tierras en determinados países (como Mozambique, Angola, Chile y Guinea-Bissau)<sup>881</sup>. Se trata de un proceso de empoderamiento a través del cual los miembros de la comunidad juegan su papel social, económico y político, aspirando a manejar el desarrollo de los recursos naturales desde su propia perspectiva y su propio sistema de valores<sup>882</sup>. Se busca la obtención, por parte de la comunidad, de un certificado o título sobre la tierra, así como la elaboración e implementación de verdaderas políticas de desarrollo territorial. La FAO considera que la seguridad de la tenencia de la tierra no es más que un primer paso hacia la seguridad y la soberanía alimentarias. Por eso, es muy importante que no solo se realicen consultas previas con las comunidades (consentimiento previo, libre e informado), sino que desde la dimensión de las leyes de desarrollo se analicen los planes de vida y las expectativas de desarrollo y conservación ambiental que las comunidades indígenas califican de manera directa como fundamentales para su permanencia en el territorio<sup>883</sup>.

Este proceso recuerda mucho al saneamiento boliviano. En efecto, la FAO describe esa delimitación como el proceso de autoidentificación de una comunidad, en términos espaciales y socioeconómicos, durante el cual los actores locales explican a un equipo técnico dónde están sus límites con la comunidad vecina, y prueban su derecho de uso de la tierra, adquirido por ocupación<sup>884</sup>. Toda esta información se transfiere a un mapa. Al conocer mejor que nadie la historia de la ocupación de su tierra y el uso que se le da, los actores locales son los protagonistas del proceso de delimitación, estando el equipo técnico solo para apoyarles en la producción de datos

---

<sup>881</sup> P. GROppo, C. CENERINI, *Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible*, FAO, 2012, p. 9.  
Disponible en : [www.fao.org/docrep/015/md974s/md974s00.pdf](http://www.fao.org/docrep/015/md974s/md974s00.pdf)

<sup>882</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>883</sup> *Ibid.*

<sup>884</sup> *Ibid.*, p. 18.

necesarios y para la validación de la información con las comunidades vecinas<sup>885</sup>. El proceso debe incluir a todos los miembros de la comunidad (hombres, mujeres, jóvenes, ancianos), en todas las etapas (desde la determinación de la información pertinente hasta la manera de registrarla en los mapas) y ser basado en el consenso, el diálogo social y el diagnóstico participativo<sup>886</sup>. Se deben tener en cuenta diferentes elementos ecológicos, históricos y político-económicos para lograr una correcta y completa comprensión del sistema territorial y consuetudinario<sup>887</sup>. La metodología consiste en: (i) la (auto)identificación de la comunidad local; (ii) la demostración de que la comunidad local ha adquirido los derechos territoriales a través de la ocupación, según las normas y prácticas consuetudinarias; (iii) la identificación de los límites de estos derechos.

En opinión de la FAO, que compartimos, esa práctica constituye una herramienta importante para llegar a políticas integrales en las cuales el concepto de territorio va más allá de la propiedad colectiva sobre el suelo, incluyendo la propiedad colectiva sobre los bosques y el suelo forestal existente en los territorios y sobre los recursos naturales renovables, e implique un derecho de prelación para el uso y aprovechamiento de los recursos del subsuelo, así como el derecho a la consulta previa cuando la explotación de esos recursos versa sobre hidrocarburos, carbón, sal o minerales estratégicos<sup>888</sup>. Recordemos que, como señalábamos en la primera parte, el derecho a la consulta solo tiene sentido si el resultado de la consulta es vinculante, lo que en la práctica no está siempre garantizado. Nos parece también que el derecho de participación en la toma de decisiones y el derecho a la consulta previa e informada de los indígenas reconocido por el Derecho internacional se sustentan en el mismo fundamento: la capacidad de los sistemas tradicionales de tenencia y gestión de la tierra para responder a los cambios ambientales así como la protección de sus territorios.

Volviendo a una perspectiva general, los desarrollos anteriores nos permiten concluir que, con el tiempo se han afirmado, en el marco de la práctica tanto jurisprudencial como de las organizaciones gubernamentales o de los ciudadanos, derechos procedimentales no jurisdiccionales, fundamentados en la necesaria participación de los ciudadanos en la gestión del Medio Ambiente. Esos derechos

---

<sup>885</sup> *Ibid.*

<sup>886</sup> *Íd.*, pp. 18-19.

<sup>887</sup> *Ibid.*

<sup>888</sup> *Íd.*, p. 23.

constituyen a la vez una base para acciones de defensa del Medio Ambiente, que también han ganado terreno en los tribunales, lo que veremos a continuación.

#### IV. EL DERECHO A UN RECURSO EFECTIVO

El último apartado del Principio 10 de la Declaración de Río de 1992 sobre cuestiones ambientales y participación ciudadana antes enunciado, se refiere a un acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre estos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Sin embargo no se especifican los posibles motivos de los procedimientos. La Convención de Aarhus es más precisa. Su artículo 9 prevé la posibilidad de presentar un recurso en los casos en los cuales una persona ve ignorada, rechazada abusivamente o insuficientemente tenida en cuenta una solicitud de información (es decir en el marco del derecho de información), o para impugnar una decisión adoptada por las autoridades públicas, relativa al Medio Ambiente siempre que el recurrente tenga un interés suficiente para actuar o que la decisión constituya un atentado contra un derecho en cuanto al fondo o al procedimiento, es decir en relación con el derecho a participar en la toma de decisiones.

Si bien varios Estados reconocen un derecho a vivir en un Medio Ambiente sano en su legislación nacional (por ejemplo en Francia y España son derechos constitucionales<sup>889</sup>), muchos no lo garantizan. En esos casos, los ciudadanos que desean impugnar una decisión o medida sobre una cuestión ambiental suelen invocar ante las jurisdicciones nacionales o regionales las garantías del derecho al debido proceso en relación con la protección de un derecho individual.

A través del caso *Claude Reyes y otros c/ Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que las disposiciones relativas a las garantías que aseguren el derecho al debido proceso reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención americana sobre Derechos Humanos<sup>890</sup> así como el artículo 25<sup>891</sup> deben

---

<sup>889</sup> Artículo 1 de la *Charte de l'environnement* de 2004, con rango de ley constitucional en Francia (*Loi N° 2005-205 du 1 mars 2005*): "Cualquier persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente sano y equilibrado, respetuoso de la salud" (Traducción libre); Artículo 45.1 de la Constitución española: "Derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona [...]".

<sup>890</sup> "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan la determinación de los derechos de las personas<sup>892</sup>. En este caso, lo aplica a la solicitud de información sobre cuestiones ambientales presentada por el recurrente, que fue denegada sin fundamento (vulnerando el artículo 8.1 de la Convención)<sup>893</sup> y sin recurso efectivo para impugnar esa decisión (vulnerando el artículo 25 de la Convención)<sup>894</sup>.

*“El Estado debe garantizar que, ante la denegatoria de información bajo el control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita que se determine si se produjo una vulneración del derecho del solicitante de información y, en su caso, se ordene al órgano correspondiente la entrega de la información”<sup>895</sup>.*

La CorteIDH explica que la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a las personas en estado de indefensión<sup>896</sup>. Para que el recurso sea efectivo y cumpla con el artículo 25 de la Convención, no basta con que dicho recurso exista formalmente sino que, además de los requisitos de rapidez y sencillez, debe ser idóneo para combatir la violación y su aplicación por la autoridad competente efectiva<sup>897</sup>.

En la misma línea, la jurisprudencia europea admite recursos contra decisiones cuando no se han tomado en consideración los intereses o observaciones formuladas por el ciudadano durante el proceso de adopción de una decisión en la que ha participado<sup>898</sup>, y que éste se ve afectado por tal decisión, siendo el único legitimado para impugnarla<sup>899</sup>. Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que el artículo 6 del Convenio europeo de Derechos Humanos relativo al derecho al proceso equitativo<sup>900</sup>, así como el artículo 13, que reconoce el derecho a un

---

en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>891</sup> “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>892</sup> CorteIDH, caso *Claude Reyes y otros c/ Chile*, supra, párr. 117-118 y 129.

<sup>893</sup> Íd., párr. 122-123.

<sup>894</sup> Íd., párr. 139.

<sup>895</sup> Íd., párr. 137.

<sup>896</sup> Íd., párr. 129.

<sup>897</sup> *Ibid.*

<sup>898</sup> TEDH, *Hatton y otros c/ Reino Unido*, supra.

<sup>899</sup> TEDH, casos *Tâtar c/ Roumania* y *Taskin y otros c/ Turquía*, supra.

<sup>900</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios

recurso efectivo<sup>901</sup>, pueden llegar a aplicarse en los asuntos medioambientales que vulneran derechos humanos reconocidos por el Convenio. Por ejemplo, en asuntos de contaminación ambiental, los derechos individuales invocados por los recurrentes suelen ser la integridad física (mediante el artículo 2 del Convenio que reconoce el derecho a la vida), la protección de los bienes (mediante el artículo 1 del Protocolo adicional de 1952 que consagra el derecho al respeto de sus bienes), el respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio). Requiere que estos derechos sean reconocidos en Derecho interno. Por otra parte, el recurrente debe demostrar un nexo entre la cuestión medioambiental y el derecho invocado.

Por lo tanto, el acceso a la justicia se plantea como la otra cara de una misma moneda, para dar efectividad al derecho a la información y el derecho a la participación en la toma de decisiones.

A modo de conclusión de ese capítulo, podemos afirmar que la acción de los ciudadanos conllevó la jurisprudencia internacional a pronunciarse sobre la defensa de un derecho al Medio Ambiente, pasando de formas indirectas de proteger al Medio Ambiente, admitiendo recursos basados en la vulneración de derechos humanos individuales, a formas más directas, en las cuales se invoca también un interés jurídico público, acercándose al reconocimiento de un derecho colectivo.

Una defensa directa sería la posibilidad de interponer un recurso basado en la vulneración de un derecho al Medio Ambiente, *per se*, ante una instancia instaurada para la defensa del Medio Ambiente, que sea de tipo jurisdiccional o no.

---

sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

<sup>901</sup> “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

## **CAPÍTULO II. CREACION DE MECANISMOS LEGALES PARA LA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE**

Por mecanismos legales debemos entender tanto los que son de tipo jurisdiccional como lo que son mas bien de tipo administrativo.

La única iniciativa tomada por los Estados para crear una instancia especial para asuntos ambientales, resultó ser un fracaso. En efecto, en 1993 la Corte Internacional de Justicia creó una Sala de Asuntos Ambientales, competente para resolver controversias entre Estados en materia ambiental, previo acuerdo de éstos para someterle el caso. La componía siete de los quince magistrados de la Corte. No fue nunca utilizada por los Estados y, por ese motivo, en el 2006 la Corte decidió no renovar su mandato<sup>902</sup>. Los conflictos en materia ambiental se resolvían o bien directamente por la Corte (el proyecto Gabčíkovo-Nagymaros fue el primer caso contencioso en el que la cuestión ambiental era central<sup>903</sup>), o bien a través del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

La experiencia mas interesante y novedosa, a nuestro criterio, es el denominado Tribunal Internacional de Justicia Climática, que tiene su origen en la movilización de organizaciones sociales bolivianas, mayoritariamente indígenas, y redes internacionales<sup>904</sup>(I).

---

<sup>902</sup> <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=4>

<sup>903</sup> S. MALJEAN-DUBOIS, “L’arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l’affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)”, *Annuaire Français de Droit International*, XLIII, 1997, CNRS Editions, Paris, p.327.

<sup>904</sup> Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB); Confederación Nacional de Mujeres Indígenas Campesinas Originarias de Bolivia (CNMICOB); Consejo de Ayllus y Marqas del Qollasuyu Bolivia (CONAMAQ); Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia (CSCIB); Plataforma Boliviana Frente al Cambio Climático Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI) Consejo Indígena de Centro América (CICA); Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA); Confederación de Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador (ECUARUNARI); Organización de las Naciones y Pueblos Indígenas en Argentina (ONPIA); Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC); Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI); Oil Watch Sud América; Ecologistas en Acción Red Brasileira de Integración de los Pueblos (REBRIP); Amigos de la Tierra Internacional (ATI); Fundación Solón; CENSAT Agua Viva; Jubileo Sur/Américas y Jubileo Sur Global; Alianza Social Continental (ASC); Nuestro Mundo No Está En Venta (OWINFS). Ecologistas en acción, “Por un Tribunal Internacional de Justicia Climática”, (En línea), 1 de octubre de 2009, p. 7. Consultado en 2013.  
Disponible en: <http://www.quiendebeaquien.org/spip.php?article1611>

Si pensamos en un mecanismo no jurisdiccional esa vez, nos viene en mente la figura del Defensor. En el tema que nos ocupa, se trataría de un organismo capaz de representar legalmente al Medio Ambiente y defender sus intereses (II).

## I. UN TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA CLIMÁTICA

Los días 13 y 14 octubre de 2009 tuvo lugar en Cochabamba (Bolivia), la primera audiencia del Tribunal Internacional de Justicia Climática, compuesto exclusivamente por representantes de la sociedad civil<sup>905</sup>. El Tribunal conoció la denuncia de siete casos sobre el impacto del cambio climático y la violación de derechos en comunidades, poblaciones y la Madre Tierra<sup>906</sup>. Su instauración pretendía responder a la ausencia de normas, mecanismos e instituciones que sancionen los incumplimientos del Protocolo de Kioto y de otros compromisos de obligatorio

---

<sup>905</sup> Composición del Tribunal: Brid BRENNAN, Coordinadora del Programa Regionalismos Alternativos del Instituto Transnacional (TNI), (Holanda); Nora CORTIÑAS, integrante de las Madres de Plaza de Mayo-Línea Fundadora (Argentina); Beverly KEENE, Coordinadora de la Red Tricontinental Jubileo Sur (Argentina); Tom KUCHARZ, miembro de la Secretaría Confederal de Ecologistas en Acción y de la Campaña “¿Quién debe a quién?” (España); Alicia MUÑOZ, Presidenta de la Asociación Nacional de Mujeres Rurales e Indígenas (Anamuri) y de la Vía Campesina (Chile); Ricardo Arnoldo NAVARRO PINEDA, Co fundador del Centro Salvadoreño de Tecnología Apropiada (CESTA-Amigos de la Tierra) (El Salvador); Miguel PALACIN QUISPE, Coordinador General de la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas (CAOI) (Perú); Joseph Henry VOGEL, Catedrático de Economía de la Universidad de Puerto Rico-Río Piedras y de la FLACSO-Ecuador (Puerto Rico). Véanse Tribunal Internacional de Justicia Climática, Dictamen de la Audiencia preliminar, 13 y 14 de octubre de 2009, Observaciones y Recomendaciones.

<sup>906</sup> CASO 1 "Denuncia por violaciones de los derechos humanos resultantes del calentamiento global por actos y omisiones de los países incluidos en el Anexo I de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC)", presentada por la comunidad Khapi (La Paz, Bolivia). CASO 2 "Víctimas del cambio climático y de la negligencia del Estado Salvadoreño, en comunidades empobrecidas de la zona norte del municipio de Jiquilisco", presentada por la Asociación de Comunidades Unidas del Bajo Lempa (El Salvador). CASO 3 "FACE PROFAFOR", demanda contra la fundación holandesa Forest Absorbing Carbon Emissions (Bosques para la Absorción de Emisiones de Dióxido de Carbono, FACE) y otros, presentada por Acción Ecológica de Ecuador. CASO 4 "Los impactos climáticos causados por la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA)", presentada por la Fundación Puente Entre Culturas (Bolivia), contra los tres miembros de la Coordinación Técnica del IIRSA (el Banco Interamericano de Desarrollo BID, la Corporación Andina de Fomento CAF, y FONPLATA), así como a entidades financieras como el Banco Nacional de Desarrollo de Brasil BNDES, la Unión Europea, Banco Santander. CASO 5 "Violación de los Derechos Humanos, Ambientales, Culturales y Laborales por la implementación de la falsa solución al cambio climático, Agrocombustible-Etanol con base en caña de azúcar en el Valle del Río Cauca", presentada por los Cortadores de Caña de Azúcar del Cauca (Colombia) contra el Gobierno de Colombia. CASO 6 "Niños y niñas con exceso de plomo en sangre en Cerro de Pasco (Perú) por gases y partículas contaminantes, presentado por la Asociación Civil Centro de Cultura Popular Labor, Cerro de Pasco (Perú) contra la Compañía Minera Volcán S.A. y al Estado de Perú. CASO 7 "DOE RUN PERU", presentado por CooperAccion (Perú), contra el Gobierno peruano y a la empresa Doe Run Perú, que funde y refina metales, por la contaminación en la región de Junín. Véanse Tribunal Internacional de Justicia Climática, Audiencia preliminar, supra, Observaciones y Recomendaciones.

cumplimiento de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, así como a los responsables de los crímenes climáticos<sup>907</sup>. Hace echo a una propuesta lanzada por el Presidente Evo Morales, en una rueda de prensa en la sede General de Naciones Unidas en el mes anterior<sup>908</sup>.

El Tribunal justifica su mandato en la responsabilización asumida de forma colectiva en nombre del género humano, y en defensa de la civilización y la Madre Tierra<sup>909</sup>. Dicho de otra manera, interviene como representante de los intereses de la Madre Tierra y sus habitantes. En segundo lugar, concluye a la violación “por el cambio climático” de una serie de derechos humanos, tanto individuales como colectivos, reconocidos en instrumentos jurídicos internacionales (citados por éste), y que son: el derecho a la vida y a la seguridad, el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la subsistencia, el derecho a la libre determinación, el derecho a la cultura, el derecho a la propiedad, el derecho a la libertad de movimiento y residencia, los derechos de la Mujer, los derechos del niño y niña, el derecho a un Medio Ambiente sano, el derecho a la consulta previa, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos a la manifestación pública y libre asociación, los derechos contra el racismo y la discriminación. De esa lista podemos destacar el derecho a un Medio Ambiente sano que el Tribunal interpreta del principio 1 de la Declaración de Río de 1992: “Los seres humanos tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”. Como conclusión transversal a todos los casos analizados, se basa en los derechos colectivos y de la Naturaleza, señalando que: “la aplicación del modelo de desarrollo extractivista y exportador -perpetuado por gobiernos y corporaciones transnacionales- está provocando conflictos sistemáticos y permanentes con los derechos colectivos, el mal uso del territorio y la violación de los derechos de la naturaleza”<sup>910</sup>. Propone como sanción de los crímenes ambientales la reparación<sup>911</sup>, así como la adopción de medidas cautelares para evitar la repetición de los crímenes denunciados<sup>912</sup>.

---

<sup>907</sup> Íd., Observación general 6.

<sup>908</sup> Rueda de prensa del Presidente Evo Morales sobre el Cambio Climático, Comunicado de prensa, 22 de septiembre de 2009. Consultado en 2013. Disponibe en : <https://www.un.org/News/fr-press/docs/2009/Conf090922-MORALES.doc.htm>

<sup>909</sup> Tribunal Internacional de Justicia Climática, Dictamen de la Audiencia preliminar, supra, Fundamentos y antecedentes.

<sup>910</sup> Íd., Observación general 8.

<sup>911</sup> Íd., Recomendación 4.

<sup>912</sup> Íd., Reccomendación 5.

Además, el Tribunal no se atiene solo al examen de los casos que le son sometidos sino formula observaciones y recomendaciones mas generales orientadas a la constitución de un verdadero Derecho del Medio Ambiente. En efecto, insiste en la necesidad de partir desde los derechos humanos para abordar el régimen de la responsabilidad; régimen que implica tanto derechos como deberes:

*“Los derechos humanos tienen relevancia para abordar los asuntos relacionados con los efectos del cambio climático, por lo que se debe investigar desde esta perspectiva sobre los causantes principales de los daños ambientales extraterritoriales; cómo se deben distribuir las responsabilidades, así como los derechos y deberes entre autores y víctimas de los desastres, tanto en el ámbito público como privado”*<sup>913</sup>.

Asimismo denuncia las soluciones al cambio climático tradicionalmente promovidas por los gobiernos, instituciones financieras y empresas, que tachan de “falsas” (como la plantación de árboles para compensar la emisión de carbonos)<sup>914</sup>, e invita a una reflexión común sobre la creación de “mecanismos efectivos para hacer cumplir las responsabilidades”<sup>915</sup>, en especial la instauración de un Tribunal de Justicia Climática en el sistema multilateral de las NNUU para controlar y sancionar los crímenes contra la Madre Tierra<sup>916</sup>. Apela a los Gobiernos, a las asociaciones de abogados y jueces, a las Fiscalías del Estado, al sistema Interamericano y las instancias de Naciones Unidas, a estudiar las bases legales para juzgar los casos de violaciones de Derechos Humanos por los efectos del Cambio Climático, como Crímenes de Lesa Humanidad<sup>917</sup>.

Ese llamamiento tuvo repercusión inmediata, y fue replicada por otras organizaciones en otras partes del mundo el mismo año (Asian People’s Climate Court<sup>918</sup>). Por otra parte, fue asumida como recomendación en varias conferencias internacionales posteriores. La Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio

---

<sup>913</sup> Íd., Observación general 6.

<sup>914</sup> Íd., Observación específica 3.

<sup>915</sup> *Ibíd.*

<sup>916</sup> Íd., Recomendación 8.

<sup>917</sup> Íd., Recomendación 13.

<sup>918</sup> Esa experiencia fue impulsada por dos organizaciones The Global Call for Climate Action y Asia Pacific People’s Movement for Debt and Dvelopment, y apoyada por entre 25 y 30 organizaciones de la región. El Tribunal tenía como propósito juzgar la responsabilidad de los países desarrollados en el calentamiento global así como demandas de reparación por personas afectadas en Asia. Véanse Intermón Oxfam, “G8 must help poor countries cope with climate change, set up adpatation fund”, Intermón Oxfam, (En línea), 7 de octubre de 2009. Consultado en 2013. Disponible en : <http://www.oxfam.org/en/dc/pressroom/pressrelease/2009-10-07/g8-poor-countries-climate-change-adaptation>; y Página web de The Global Call for Climate Action : <http://tktektck.org/>.

Climático y los Derechos de la Madre Tierra de abril de 2010<sup>919</sup>, incluyó entre sus recomendaciones la consolidación de un Tribunal Internacional de Justicia Climática y Ambiental, como instancia legal internacional con capacidad jurídica vinculante para prevenir, juzgar y sancionar a los Estados, las Empresas y personas que por acción u omisión contaminen y provoquen el cambio climático, y constituido por representantes de los pueblos, naciones, nacionalidades y Estados comprometidos a respetar y cumplir los principios de ese tribunal; junto con la solicitud de una reforma del sistema de Naciones Unidas que permita integrarlo al mismo, y que todos sus Estados miembros cumplan las decisiones del tribunal. Esa propuesta también fue incorporada a la Declaración especial sobre el cambio climático de la X Cumbre ALBA-TCP en Otavalo (Ecuador) en junio de 2010<sup>920</sup>, a iniciativa del Presidente Evo Morales, quién se hizo portavoz de la creación de un tribunal con esa competencia<sup>921</sup> (valoramos esa actuación, aunque como indicado en la primera parte se puede observar cierto desfase entre el discurso del Presidente y las políticas llevadas a cabo en su país). Los pueblos siguen insistiendo en la realización de ese proyecto, como lo demuestra su agenda de lucha aprobada en la Cumbre de los Pueblos 2012<sup>922</sup>:

*“La reafirmación y ampliación de la realización de tribunales desde los pueblos como forma de cuestionar y combatir la actuación de las corporaciones transnacionales, los tratados de libre comercio, los crímenes socioambientales y climáticos”<sup>923</sup>.*

Aunque no llegó a concretarse en la instauración de una jurisdicción permanente, la experiencia del Tribunal Internacional de Justicia Climática constituye un aporte muy valioso para la fundamentación de acciones legales, tanto individuales como colectivas, de defensa del Medio Ambiente.

---

<sup>919</sup> Acuerdo de los pueblos, y conclusiones de los grupos de trabajo Tribunal de Justicia Climática. Disponible en página web dedicada: <http://cmpcc.wordpress.com/>

<sup>920</sup> TCP: Tratado de Comercio de los Pueblos. Declaración disponible en: <http://www.alba-tcp.org/contenido/declaracion-especial-cambio-climatico-en-otavalo>. Consultado en 2013.

<sup>921</sup> Véanse por ejemplo el discurso de Evo Morales ante la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2013.

<sup>922</sup> Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, supra.

<sup>923</sup> Documento final, Conclusiones de la Plenaria 2, “En defensa de los bienes comunes y contra la mercantilización”, punto 14, supra.

## **II. HACIA UNA DEFENSORÍA DEL MEDIO AMBIENTE**

Son varias las iniciativas tomadas en el marco del sistema de Naciones Unidas para crear mecanismos destinados a defender el Medio Ambiente y/o promover la gestión responsable de sus recursos. Aunque ninguno llega a constituir una verdadera Defensoría del Medio Ambiente, habilitado a recibir denuncias, tienen elementos interesantes. Por eso, nos parece importante estudiar también las propuestas de los pueblos, y en especial los pueblos de Bolivia que están fomentando la instauración de una Defensoría de la Madre Tierra, a nivel nacional, pero que se podría replicar a nivel internacional.

### **A. Procedimientos especiales del sistema de Naciones Unidas**

El sistema de Naciones Unidas cuenta con varios mecanismos para enfocar temáticas específicas. En el tema que nos ocupa cabe mencionar un Programa especial, el PNUMA, así como las llamadas relatorías especiales y los expertos independientes. Estos últimos forman parte de los mecanismos extra-convencionales (que se distinguen de los que son asociados a tratados y convenios internacionales), cuyos mandatos, en términos generales, comprende la labor de examinar, investigar, asesorar, vigilar e informar públicamente sobre la situación de derechos humanos en los países, conocidos como mandatos por país, o en relación con cuestiones concretas, conocidos como mandatos temáticos.

#### **1. Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente**

En 1972 se creó en el seno de las Naciones Unidas el Programa para el Medio Ambiente (PNUMA), con el objetivo general de “promover y facilitar la gestión racional del medio ambiente para el desarrollo sostenible”, y con tres objetivos específicos: “Servir como defensor autorizado del medio ambiente mundial; Desarrollar instrumentos para el medio ambiente nacionales e internacionales, y

Fortalecer las instituciones para la gestión eficaz del Medio Ambiente<sup>924</sup>. Es presentado como el defensor, educador, catalizador y facilitador de la promoción del uso inteligente de los activos naturales del planeta para el desarrollo sostenible<sup>925</sup>. Su lema es incluso “La Voz del Medio Ambiente”<sup>926</sup>.

En la actualidad tiene definido seis prioridades:

*-“El Cambio climático: fortalecer la habilidad de los países, en concreto de los países en vías de desarrollo, para integrar respuestas al cambio climático en los procesos de desarrollo nacionales;*

*-Los desastres y los conflictos: minimizar las amenazas para el bienestar del ser humano derivadas de las causas y consecuencias medio ambientales existentes y potenciales;*

*-La gestión del ecosistema: asegurar que los países utilizan el enfoque ecosistemático: una gestión integral de la tierra, el agua y los recursos vivos para promover la conservación y uso sostenible para aumentar el bienestar del ser humano;*

*-La gobernanza medio ambiental: asegurarse de que la gobernanza medio ambiental y las interacciones en el país, a nivel regional y mundial se fortalecen para hacer frente a las prioridades medio ambientales naturales;.*

*-Las sustancias nocivas: minimizar el impacto de las sustancias nocivas y de los residuos tóxicos en el medio ambiente y las personas;*

*-La eficacia de los recursos: fomentar el consumo y la producción sostenible a través de liderar esfuerzos globales para asegurar que los recursos naturales se producen, procesen y consumen de forma sostenible”.*

En la Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible Río+20 se propuso fortalecer su función como principal autoridad ambiental mundial que establece las actividades mundiales en pro del Medio Ambiente, promueve la aplicación coherente de los aspectos ambientales del desarrollo sostenible en el sistema de las Naciones Unidas y actúa como defensor autorizado del Medio Ambiente a nivel mundial, del siguiente modo<sup>927</sup>:

*“a) Estableciendo la composición universal del Consejo de Administración del PNUMA, así como otras medidas para reforzar su gestión y su capacidad de respuesta y rendición de cuentas a los Estados Miembros;*

*b) Asignando al PNUMA recursos financieros seguros, estables y suficientes y más recursos financieros con cargo al presupuesto ordinario de las*

---

<sup>924</sup> Véanse página web del PNUMA : <http://www.unep.org>

<sup>925</sup> Ibid.

<sup>926</sup> Ibid.

<sup>927</sup> Documento final, supra.

*Naciones Unidas y las contribuciones voluntarias para que pueda cumplir su mandato;*

*c) Aumentando la influencia y la capacidad del PNUMA para que pueda cumplir su mandato de coordinación en el sistema de las Naciones Unidas al fortalecer su participación en los principales órganos de coordinación de las Naciones Unidas y darle los medios para dirigir los esfuerzos del sistema de las Naciones Unidas por formular estrategias relacionadas con el medio ambiente;*

*d) Promoviendo un sólido nexo entre la ciencia y las políticas, utilizando instrumentos internacionales vigentes, evaluaciones, grupos y redes de información, incluidos los informes 'Perspectivas del Medio Ambiente Mundial', como uno de los procesos establecidos para reunir información y evaluaciones y así apoyar la adopción de decisiones;*

*e) Difundiendo y compartiendo información sobre el medio ambiente basada en pruebas y concienciando al público sobre las cuestiones fundamentales, así como sobre nuevas cuestiones ambientales;*

*f) Fomentando la capacidad de los países y apoyando y facilitando el acceso a la tecnología;*

*g) Consolidando gradualmente las funciones de la sede en Nairobi y fortaleciendo su presencia regional, a fin de ayudar a los países que lo soliciten a aplicar políticas ambientales nacionales, colaborando estrechamente con otras entidades competentes del sistema de las Naciones Unidas;*

*h) Asegurando la participación activa de todos los interesados pertinentes al utilizar las mejores prácticas y los modelos de las instituciones multilaterales pertinentes y estudiar nuevos mecanismos para promover la transparencia y la participación efectiva de la sociedad civil”.*

De esas propuestas podemos destacar el fomento del acceso a la información medioambiental y la participación de la sociedad civil. Queda por ver con el tiempo su efectividad en la práctica. En todo caso, es conveniente considerar esa autoridad no como una Defensoría ante la cual se podría presentar denuncias, sino como un organismo de apoyo y orientador en la gestión del Medio Ambiente y sus componentes, que si quiere pretender a la universalidad deberá incorporar las recomendaciones de los pueblos en general y pueblos indígenas en especial.

## **2. Relatoría especial y experto independiente**

Desde el Consejo de Derechos Humanos se nombraron a un Relator sobre un temática ambiental especial, a saber las sustancias y los desechos tóxicos y peligrosos, y recientemente a un Experto independiente con un mandato mas general

sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente. Veamos cuales son las fortalezas y debilidades de cada procedimiento.

*a. El Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos*

Los relatores/as especiales son expertos independientes nombrados por el Consejo de Derechos Humanos para examinar la situación de un país o un asunto específico de derechos humanos, y presentar informes al respecto. Algunos también pueden recibir información y/o denuncias de particulares.

En 1995 el Consejo de Derechos Humanos creó varias relatorías, entre éstas, la Relatoría Especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, cuyo mandato fue prorrogado en 2011 con el nuevo título de Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos<sup>928</sup>.

Tiene encomendado las siguientes misiones, establecidas en la resolución 18/11:

- Presentar informes anuales al Consejo de Derechos Humanos sobre las actividades y los estudios realizados en relación con la aplicación de su mandato ;
- Supervisar los efectos nocivos para los derechos humanos de la gestión y eliminación inadecuadas de las sustancias y los desechos peligrosos en todo el mundo. Identificar las tendencias generales en relación con tales fenómenos y lleva a cabo visitas a los países para obtener información de primera mano sobre la situación pertinente a su mandato en un país concreto ;
- Comunicarse con los Estados y otras partes interesadas con respecto a los presuntos casos de gestión y eliminación inadecuadas de sustancias y desechos peligrosos y otras cuestiones relacionadas con su mandato;

---

<sup>928</sup> Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Mandato del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, aprobada el 13 de octubre de 2011, en su 18° periodo de sesiones, A/HRC/RES/18/11.

- Promover un enfoque de derechos humanos respecto a la gestión de los residuos tóxicos a través del diálogo con los actores pertinentes mediante la participación en seminarios, conferencias y reuniones de expertos.
- Adicionalmente, preparar, en consulta con las partes interesadas pertinentes, un conjunto de mejores prácticas sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos.

Los informes anuales deben incluir información sobre<sup>929</sup>:

- Las cuestiones de derechos humanos relacionadas con las empresas transnacionales y otras entidades comerciales en lo que respecta a la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos;
- La cuestión de la rehabilitación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con la gestión y eliminación de sustancias y desechos peligrosos y la asistencia a estas;
- El alcance de la legislación nacional en relación con las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación de las sustancias y los desechos peligrosos;
- Las implicaciones que tienen para los derechos humanos los programas de reciclaje de desechos, la transferencia de industrias, actividades industriales y tecnologías contaminantes de un país a otro y las nuevas tendencias en esa esfera, incluidos los desechos electrónicos y el desguace de buques;
- La cuestión de las ambigüedades de los instrumentos internacionales que permiten el traslado y vertimiento de sustancias y desechos peligrosos, y las deficiencias de los mecanismos normativos internacionales.

En el marco de su mandato<sup>930</sup>, el Relator Especial puede recibir denuncias de particulares, es decir, información sobre presuntas violaciones de los derechos

---

<sup>929</sup> Página web de la Relatoría :  
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/ToxicWastes/Pages/SRToxicWastesIndex.aspx>

humanos que se derivan de una eliminación de sustancias y desechos peligrosos perjudicial para el Medio Ambiente (que ya se han producido, que están ocurriendo o que están a punto de ocurrir), depositada por cualquier persona o grupo de personas que alegue ser víctima de violaciones y/o que tenga conocimiento fidedigno o directo de estas violaciones (no puede ser anónimo, pero se mantiene la confidencialidad). Ese procedimiento no exige el agotamiento de recursos internos, lo que es un valor añadido comparado con otros mecanismos de protección de derechos humanos, en especial los judiciales, y tampoco precisa la asistencia de un abogado. La información debe incluir los recursos legales adoptados, si los hay, para obtener reparación a nivel nacional o regional, y cualquier otra información pertinente sobre los diversos aspectos del caso. Las víctimas solo necesitan aducir pruebas prima facie de que ha habido una violación de los derechos humanos.

Dentro del límite de los recursos disponibles, el Relator puede comunicarse por escrito con el gobierno del que se trate (ya sea conjuntamente con otros titulares de mandatos de procedimientos especiales o de forma independiente, para invitarlo a formular observaciones sobre la denuncia), solicitar aclaraciones, recordarle sus obligaciones en virtud del Derecho internacional y pedir información, cuando proceda, sobre las medidas adoptadas por las autoridades para remediar la situación de la que se trate. Esa comunicación puede coger dos formas: o bien un llamamiento urgente en los casos en los cuales las presuntas violaciones requieren medidas perentorias, a las cuales insta el Relator, por entrañar pérdidas de vidas humanas, situaciones que pongan en peligro la vida o un daño inminente o continuo de mucha gravedad para las víctimas; o bien una carta de alegación cuando las violaciones ya han sido preseuntamente cometidas, o en los casos no amparados por los llamamientos urgentes. Las comunicaciones enviadas por el Relator Especial al gobierno y las respuestas recibidas se publican en los informes sobre las comunicaciones que los titulares de mandatos presentan al Consejo de Derechos Humanos en cada periodo ordinario de sesiones. Como parte del seguimiento, se insta a la(s) persona(s) u organización(es) que hayan presentado la información y las denuncias a que tomen en consideración la respuesta formulada por el gobierno correspondiente y presenten sus observaciones, en caso necesario, al Relator Especial.

---

<sup>930</sup> Véanse el Folleto informativo N°27 publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Diecisiete preguntas frecuentes acerca de los relatores especiales de las naciones unidas*. Disponible en : <http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/sheets.htm>

Se trata por consiguiente de un instrumento valioso para la defensa de los derechos ambientales ya que cabe la posibilidad de denunciar violaciones de derechos humanos e instar a los Estados a que las prevengan o las reparen según el caso. En su informe anual del 2005, el Relator Especial Okechukwu Ibeanu destacaba la gran importancia de la información recibida directamente de comunidades o de particulares (u organizaciones que actúan en su nombre) presuntamente afectados por el traslado ilícito de desechos y productos peligrosos, y su voluntad de dar seguimiento a esas denuncias, que no pueden ser presentadas en otros espacios dado que esos mecanismos no suelen estar contemplados en los acuerdos multilaterales relacionados con el Medio Ambiente<sup>931</sup>. En el 2010, el Sr Okechukwu Ibeanu reiteraba esa afirmación, añadiendo que, a pesar de ser difícil evaluar su impacto real el mecanismo de las comunicaciones individuales, representaba “un poderoso instrumento para fortalecer la protección de los derechos humanos de esas personas y comunidades”<sup>932</sup>. Sin embargo lamentaba el limitado número de comunicaciones enviadas, que según su opinión se debía a un desconocimiento de su mandato por parte de muchas ONGs que trabajan en temáticas ambientales, quienes, al no estar familiarizadas con éste, no han podido aprovechar las posibilidades que ofrece<sup>933</sup>. En efecto, no existen estadísticas sobre las comunicaciones recibidas por esa Relatoría, pero sí las hay desde el 2009 sobre las comunicaciones enviadas por el Relator con base en la información o denuncias recibidas. Según las mismas entre el 1 de junio de 2006 y el 31 de mayo de 2013, el Relator envió 32 comunicaciones, individual o cojointamente con otros Relatores/as<sup>934</sup>. De esas 32 comunicaciones, 19 fueron contestadas, es decir el 59%<sup>935</sup>.

Lo que se puede lamentar es que el mandato sea limitado a una cuestión ambiental determinada, la substancias peligrosas y no sea mas general, es decir que contemple los daños ambientales y sus implicaciones para los derechos humanos. Ese

---

<sup>931</sup> Informe del Relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, el 8 de diciembre de 2004 en su 61° periodo de sesiones, E/CN.4/2005/45, párr. 25.

<sup>932</sup> Informe del Relator especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, presentado al Consejo de Derechos Humanos, el 2 de julio de 2012 en su 21° periodo de sesiones, A/HRC/21/48, párr. 42.

<sup>933</sup> *Ibid.*, párr. 62.

<sup>934</sup> Human Rights Council, Communications report of special procedures, 22 de agosto de 2013, A/HRC/24/21, pp.7-8, y 22 de mayo de 2013, A/HRC/23/51, pp.9-10.

<sup>935</sup> *Ibid.*

mandato mas general lo tiene un experto independiente recién nombrado por el Consejo de Derechos Humanos.

*a. Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*

Los expertos independientes suelen tener encomendado el análisis de un problema dado. El 19 de marzo de 2012, el Consejo de Derechos Humanos nombró a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, el Sr John Knox, por un período de tres años<sup>936</sup>. Esa elección pone de manifiesto el crecimiento del consenso entre los Estados en torno al derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, salubre y sostenible, como lo subraya el Sr Calin Goergescu, Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, en su primer informe anual<sup>937</sup>. Le compete al experto las siguientes funciones<sup>938</sup>:

- Estudiar, en consulta con los gobiernos y las organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales pertinentes (incluidos el PNUMA, las autoridades locales, las instituciones nacionales de derechos humanos), las organizaciones de la sociedad civil (incluidas las que representan a los pueblos indígenas), las entidades del sector privado y las instituciones académicas, las obligaciones de derechos humanos que tengan que ver con el disfrute de un Medio Ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible;
- Identificar y promover prácticas óptimas, e intercambiar opiniones al respecto, para fundamentar, apoyar y reforzar la formulación de políticas ambientales;

---

<sup>936</sup> Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Los derechos humanos y el medio ambiente, aprobada el 19 de abril de 2010, en su 19º periodo de sesiones, A/HRC/RES/19/10.

<sup>937</sup> Informe del Relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, presentado al Consejo de Derechos Humanos, el 5 de julio de 2010 en su 15º periodo de sesiones, E/CN.4/2005/45, párr. 59.

<sup>938</sup> A/HRC/RES/19/10, supra.

- Presentar informes anuales con conclusiones y recomendaciones al Consejo de Derechos Humanos;

Al tener un amplio mandato, ese procedimiento puede permitir hacer avanzar el Derecho del Medio Ambiente, en especial si la reflexión se lleva a cabo desde el diálogo entre todos los actores, inclusive de la sociedad civil y locales. Sin embargo, no está habilitado para recibir denuncias. Consta en los últimos informes sobre las comunicaciones de los procedimientos especiales al Consejo de Derechos Humanos antes citados<sup>939</sup> que el Sr John Knox envió, conjuntamente con otros Relatores, dirigió una comunicación, a Tailandia, bajo la forma de una carta de alegación, en relación con el presunto asesinato de un defensor de los derechos del Medio Ambiente<sup>940</sup>. Esa primera acción da una esperanza en cuanto a la utilidad práctica de ese procedimiento.

Finalmente, cabe señalar que la lectura de los informes nos demuestra que las cuestiones ambientales también fueron consideradas por otras Relatorías, mediante acciones individuales o conjuntas, por su vínculo con los derechos que pretenden proteger su mandato o porque afectan a defensores de los derechos humanos, como por ejemplo el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, la Relatora Especial para el derecho humano y el agua potable, el Relator Especial sobre la vivienda adecuada, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, el Relator Especial del Secretario General sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

Por consiguiente, la labor de esos mecanismos es fundamental para consolidar las buenas prácticas y el desarrollo de conceptos relativos al sistema de protección de los derechos humanos ambientales. Aunque cada uno no constituye por si solo una herramienta completa, ofrece la posibilidad, junto con otros, de ir creando un sistema de protección.

---

<sup>939</sup> A/HRC/24/21, supra, y, A/HRC/23/51, supra.

<sup>940</sup> 2 de abril de 2013, THA3/2013.

## B. Propuestas de los Pueblos

Como parte de su agenda de lucha en materia de energías e industrias extractivas, los Pueblos, reunidos en Cumbre en el 2012, acordaron exigir la implementación de mecanismos formales de participación ya existentes en los tratados internacionales y nacionales, como consulta previa, plebiscito, referéndum y el defensor del pueblo, entre otros<sup>941</sup>.

En la Cumbre de 2010<sup>942</sup>, ya habían lanzado una propuesta de realización de un Referéndum Mundial, plebiscito o consulta popular, sobre el cambio Climático, para que de a los ciudadanos/as la posibilidad de manifestarse mediante opiniones directas, tomando decisiones que establezcan las líneas de acción a cada Gobierno y que permitan generar derechos que restablezcan la armonía con la Madre Tierra. Todos y todas deberían de ser consultados/as sobre: el nivel de reducciones de emisiones que deben hacer los países desarrollados y las empresas transnacionales; el financiamiento que deben proveer los países desarrollados; la creación de un Tribunal Internacional de Justicia Climática; la necesidad de una Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra y; la necesidad de cambiar el actual sistema capitalista. Se proponía desarrollar el voto de manera oficial en países donde se cuente con el apoyo de los Gobiernos nacionales, y, en aquellos países donde esto no sea posible, por medio de las organizaciones sociales, estudiantiles, sindicales, redes sociales y otras instancias de la sociedad civil, bajo la forma de plebiscito o consulta popular. Se prevía la creación de Comités nacionales así como de un Comité internacional para asegurar su organización. Evo Morales proponía plantear las siguientes preguntas:

*“1.- ¿Está usted de acuerdo en cambiar este modelo capitalista de sobreproducción y superconsumo y restablecer la armonía con la naturaleza reconociendo y respetando los derechos de la Madre Tierra?”*

*2.- ¿Está de acuerdo con que los países y las empresas transnacionales reduzcan y reabsorban su producción de gases de efecto invernadero proporcionalmente a sus emisiones y responsabilidades históricas para que se frene el calentamiento global?”*

*3.- ¿Está usted de acuerdo en transferir todo lo que se gasta en las guerras y destinar un presupuesto superior en defensa de la Madre Tierra?”*

[...]

---

<sup>941</sup> Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, supra, plenaria 4.

<sup>942</sup> Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, supra, Grupo de trabajo 4, Referéndum -Necesidad de un Referéndum Mundial, Plebiscito o Consulta popular.

*5.- ¿Está usted de acuerdo con la Constitución de un Tribunal de Justicia Climática para juzgar a quienes destruyan a la Madre Tierra?"*

Hasta ahora, esa propuesta no ha sido seguida por los Estados, aunque sí por los ciudadanos que han organizado referendums virtuales a través de las redes sociales. Del mismo modo, en el marco del Cumbre de los Pueblos 2010 se redactó un proyecto de Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra, a ser sometido a adopción de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sigue en los pasillos de la Asamblea, sin dar lugar a una resolución.

Una propuesta que nos parece interesante es la de la Defensoría de la Madre Tierra en Bolivia, que consideramos pertinente replicar a nivel internacional. Fue formulada por el Pacto de Unidad y asumida por el Estado Boliviano que consagra su creación mediante el artículo 10 de la Ley de los derechos de la Madre Tierra de 2010<sup>943</sup>, pero que sigue inoperativa, a falta de adopción de una ley especial sobre su funcionamiento. Las disposiciones del Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra consensuado entre las organizaciones del Pacto de Unidad y la Asamblea Plurinacional de 2010<sup>944</sup> le atribuye la misión de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra, establecidos en la Ley<sup>945</sup>. La pregunta pendiente es ¿quién debe asumir esa autoridad para llegar a representar al Medio Ambiente de forma objetiva e imparcial, sin conflictos de intereses? ¿Quién puede conseguir esa legitimidad?<sup>946</sup> Quizás lo ideal sea un colectivo que permita dar representatividad e incluir la sociedad civil y los pueblos indígenas.

Sería interesante que esa propuesta tuviera repercusión a nivel internacional y que se reflexione sobre la mejor manera de llevarlo a cabo. Una Defensoría del Medio Ambiente, habilitada para recibir denuncias de personas, individuales o colectivas, y emitir recomendaciones, vendría completar un Tribunal de Justicia Climática, competente para juzgar delitos ambientales sancionables. Dicho eso, no dejemos de olvidar que cada ciudadano/a debe ser un defensor del Medio Ambiente.

Los desarrollos anteriores pusieron de manifiesto que, tanto en los textos como en las prácticas de las organizaciones internacionales –prácticas que incluso

---

<sup>943</sup> Véanse referencias supra.

<sup>944</sup> Véanse referencias supra.

<sup>945</sup> Artículo 37.

<sup>946</sup> Entrevista con R. MACHACA YUPANQUI (CSUTCB), supra.

avanzan mas rápido que los textos- muestran señales de sintonía, en determinados aspectos, con la visión de los pueblos indígenas de Bolivia: el principio de no apropiación del Medio Ambiente, la voluntad de poner límites a la explotación de los recursos introduciendo el criterio de sostenibilidad, la participación de los ciudadanos en general y de las comunidades locales en particular en la gestión del Medio Ambiente, la sanción de los daños ambientales mediante medidas restaurativas. Pero, para la mayoría de esos aspectos, la aculturación no es completa: o bien la interpretación de algunos conceptos varía (como la sostenibilidad), o bien la aplicación de los textos se desvía de su objetivo inicial (las medidas de compensación o la patentización de los saberes por ejemplo), o porque ciertas propuestas se quedan cortas (se acepta la idea de responsabilidad por los daños pero no se crea ningún Tribunal para juzgarlos). Eso se debe en especial a que los cambios normativos siguen evolucionando en el mismo marco, es decir en el mismo modelo económico.

Sin embargo, la transculturación está en marcha. Los indígenas se han apropiado de la teoría del derecho de la cultura no indígena dominante (dado que el derecho no es un concepto propio de sus culturas), para proteger la Naturaleza, que se llame Madre Tierra o Medio Ambiente, haciéndola sujeto de derechos. Aunque esa propuesta no ha sido asumida por los Estados ni concretada en los textos internacionales, se está formando un Derecho híbrido que mezcla derechos, cuyos titulares son el conjunto de los seres humanos, que responden a una función colectiva, la protección de un bien común, el Medio Ambiente, y pueden ser ejercitados individual o colectivamente, en defensa de un interés que puede ser a la vez individual (la salud, la propiedad privada) y público/colectivo (un Medio Ambiente sano o sostenible).

## CONCLUSIONES

A continuación sintetizaremos lo que la investigación ha demostrado.

1. La influencia de las culturas indígenas en Derecho interno es real y comprobada.
2. Podemos hablar de pluralismo jurídico, según la definición que planteamos. En primer lugar, los indígenas producen un Derecho propio, soberano, que es parte del Derecho vigente en el Estado, que coexiste e incluso interactúa con el Derecho estatal. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico estatal incorpora elementos de la cultura jurídica indígena sin encerrarlos y desembocar en monismo. En tercer lugar, ese ordenamiento jurídico tiende a convertirse en un Derecho ya no tanto impuesto sino más bien negociado, al responder a una dinámica continua de negociación con los movimientos sociales.
3. La Constitución política del Estado plantea principios –pluralidad, interculturalidad y descolonización- que anuncian la construcción de una nueva sociedad en la que la cultura indígena es valorizada. Cada cultura lleva consigo su tradición jurídica, por lo que abre el camino a una interacción.
4. La lectura de los textos legales pone de manifiesto la aculturación del Derecho estatal, al incorporar valores y principios ético-morales propios de los indígenas, como la igualdad, el respeto, la armonía, el equilibrio, la reciprocidad, y la complementariedad, y hacer del modelo de convivencia de los indígenas, el Vivir Bien, una guía para las políticas públicas.
5. El proceso de influencia va más allá de la aculturación y constituye una transculturación, que desemboca en un neoderecho. A partir del razonamiento jurídico exógeno y estatal (la calidad de sujeto de derecho, constituida como persona jurídica, permite adquirir la capacidad de tener derechos, colectivos, y exigir el cumplimiento de obligaciones correspondientes), y reapropiándose categorías jurídicas también exógenas (pueblos indígenas), los indígenas llegan a concebir

un sujeto de derecho colectivo nuevo, en el que todos se pueden identificar, y es reconocido como tal por el Estado: Naciones y pueblos indígena originario campesinos. Del mismo modo, y con el objetivo de proteger un bien colectivo, la Naturaleza, se reconoce la calidad de sujeto a la Madre Tierra.

6. Los derechos colectivos creados para el sujeto *pueblos indígena originario campesinos* también reflejan una transculturación y un neoderecho. Lo que define a esos pueblos es su territorio, y la relación con la tierra que constituye la base de su territorio, y que hay que ver como un volumen (conjunto de elementos materiales e inmateriales). De esa concepción del territorio nace un derecho al territorio con varios componentes, siendo el derecho fundamental el derecho a la tierra. Los demás derechos colectivos son el derecho al uso de los recursos naturales renovables, el derecho a la consulta previa, libre e informada, el derecho al autogobierno y el derecho a la gestión territorial. A su vez el derecho a la tierra se manifiesta a través de una serie de derechos: el derecho a la propiedad colectiva, el derecho a la titulación de las tierras, el derecho a la recuperación y el derecho a la dotación de tierras.
7. La propiedad, concepto de tradición exógena, se convierte en colectiva, con una función social. Se acogen como prueba de su posesión la ancestralidad o el uso tradicional, inclusive cultural, de la tierra, que se adecua a la realidad y cosmovisión indígena. No sólo se transforma el concepto de propiedad, sino también el derecho de propiedad, que constituye una herramienta para hacer efectivo el derecho a la tierra y tiene fines de protección de ese bien colectivo. Aunque su titular y su función son colectivos, se pueden dar varios niveles de ejercicio (no solo colectivo, sino también familiar-individual o familiar-colectivo), que puede ser incluso rotatorio, o una superposición de derechos (propiedades familiar-individual dentro de una propiedad colectiva).
8. Esa influencia conoce una resistencia, que se nota en el ejercicio de los derechos. No obstante, esos frenos, cuando son institucionales, hacen

más fuerte la exigibilidad de los derechos por los indígenas. Cuando son culturales, vienen enriquecer la reflexión.

9. Cuando el derecho es colectivo, su influencia también es colectiva, y se lleva a cabo mediante acciones colectivas. Se ha evidenciado la gran capacidad de movilización de los indígenas, así como su determinación en la lucha por sus derechos. Elaboran verdaderas estrategias de lucha reivindicativa que tienen un impacto inegable en la formación del derecho.
10. La lucha de los indígenas por los derechos es incluyente. Del mismo modo que conciben su entorno como un todo integrado, en el que el ser humano vive en armonía con la Naturaleza, los animales y los espíritus, piensan las relaciones humanas como un todo integrado, y proponen un proyecto político para la sociedad en su conjunto, e incluso fuera de las fronteras de Bolivia, para el mundo. Lo que conecta a los indígenas con el resto del mundo es un bien común a todos y compartido por todos: la Madre Tierra, o dicho en otras palabras, el Medio Ambiente.
11. Los indígenas llegan a tener también una influencia en esa rama internacional del Derecho, que aunque no se comprueba siempre en los hechos, es al menos potencial.
12. Si bien pensar la Naturaleza como un ser vivo es inherente a la cultura indígena no lo es para las demás culturas. Si es un ser vivo, entonces puede ser titular de derechos. Los indígenas dieron el paso en ese sentido pero no los Estados. Sin embargo, ambos llegaron a una misma conclusión, aunque por distintos motivos (los primeros por holismo y los segundos por antropocentrismo): la necesaria protección del Medio Ambiente. Pero los Estados siempre han estado frente a un dilema: ¿Cómo proteger el Medio Ambiente y a la vez disfrutar de lo que ofrece? Todo quedaba entonces por inventar en el ámbito jurídico.
13. Como consecuencia de ese dilema el Medio Ambiente se ha convertido en categoría jurídica sui generis, y se ha ido formando un Derecho ambiental híbrido, buscando equilibrio entre imperativo ecológico e imperativo económico.

14. El Medio Ambiente se formula como un patrimonio, constituido de bienes comunes, no susceptibles de apropiación, pero que se pueden usar de forma limitada y controlada. Existe un derecho al uso del patrimonio ambiental cuyo ejercicio está regulado por la aplicación de un criterio de sostenibilidad. Es un concepto común con la cultura indígena, pero que difiere en su interpretación. Sufrir una paradoja: a la vez que apunta a proteger los componentes de la Naturaleza, tiende a convertirlos en bienes y servicios económicos.
15. El Medio Ambiente, se queda entre objeto y sujeto de derechos, en la medida en la que se reconocen a los individuos derechos que guardan relación con la protección del Medio Ambiente, pero que mezclan interés individual y colectivo. Son como formas indirectas de proteger al Medio Ambiente. Se perfila un derecho al Medio Ambiente con varios componentes: un derecho a un Medio Ambiente sano, acompañado de derechos procedimentales, que son el derecho público a la información en materia ambiental, un derecho a la participación en la toma de decisiones que afectan al Medio Ambiente, y un derecho a un recurso efectivo para defenderlos.
16. La aplicación del derecho a la participación da lugar a prácticas innovadoras, que se apoyan en los saberes tradicionales para la gestión de los recursos a nivel local. Lo anterior demuestra que las prácticas, cuando son buenas, pueden ser más eficaces que los textos.
17. Al ser un bien común, la responsabilidad es compartida entre todos. La responsabilidad es doble porque significa, por un lado, actuar para evitar daños ambientales, y por otro lado, repararlos cuando se han producido. Con eso se imponen obligaciones para adoptar medidas preventivas, realizar estudios de impacto etc., así como obligaciones de reparar mediante medidas restaurativas. Por otra parte, se dibuja un derecho de responsabilidades que mezcla responsabilización subjetiva, basada en la falta cometida, y responsabilidad objetiva, basada en el riesgo. Ese régimen no es uniforme y peca por la carencia de una justicia ambiental institucionalizada (mediante un Tribunal o una Defensoría), como lo sugieren los pueblos indígenas; propuestas a las cuales se han sumado otros movimientos sociales.

18. El dilema podría resolverse escuchando la voz de los movimientos indígenas, que proponen salir del marco teórico en el que evolúa el Derecho ambiental, y abrirse a un modelo alternativo, el Vivir Bien. Posiblemente se regeneraría el Derecho del Medio Ambiente, bajo la forma de un neoderecho.
19. La transculturación jurídica visibilizada en este trabajo nos demuestra que el Derecho es un proceso dinámico y continuo, y que el Estado no es el único actor que contribuye a su producción.

## **APÉNDICES**

## RESUMEN EN FRANCÉS (Résumé en français)

Dans un contexte où l'on s'interroge sur l'effectivité des Droits de l'Homme et face aux enjeux globaux, tel que la protection de l'Environnement, l'ouverture à d'autres cultures juridiques, dans une perspective dialogale, semble nécessaire. Notre regard se porte sur les cultures indigènes boliviennes, car le contenu de la Constitution de l'Etat Plurinational de Bolivie de 2009, fruit d'un processus participatif, révèle leur influence sur le Droit étatique, et potentiellement sur le Droit international de l'Environnement. Le droit sur les biens, en particulier la terre, constitue une illustration pertinente de l'apport des cultures indigènes dans la formation du Droit en général, et des droits collectifs en particulier.

L'examen, livresque et de terrain, des diverses sources du Droit, au sens où l'entend l'anthropologie juridique -c'est-à-dire comme phénomène constitué de diverses formes de Droit, étatique et non étatiques, qui sont autant de textes que de pratiques- et la manière dont les droits reconnus et créés symboliquement dans les textes sont mobilisés par les citoyens (qui les font vivre), mettent en évidence une transculturation du Droit. Sous l'influence du Droit autochtone, le Droit étatique se transforme, en abandonnant les éléments qui sont obsolètes au regard de la situation des indigènes, et en intégrant des éléments du Droit indigène, ce qui a pour résultat la création d'un neodroit, constitué d'éléments du Droit étatique qui se sont maintenus, et d'éléments du Droit indigène. Ce processus met en évidence un pluralisme juridique, dans lequel le Droit indigène, système juridique à part entière, coexiste et interagit avec le Droit étatique (l'influence étant mutuelle puisque les indigènes s'approprient également des concepts exogènes pour les adapter à leurs besoins et agir sur le Droit).

C'est ainsi qu'apparaît un nouveau sujet de droit, *naciones y pueblos indígena originario campesinos* ("nations et peuples indigènes originaires paysans"), rassemblant les divers groupes culturels indigènes des basses terres et des hautes terres de Bolivie, et titulaires de droits collectifs. On peut voir un droit au territoire, composé d'un droit à la terre, d'un droit à l'utilisation des ressources renouvelables, d'un droit à la consultation préalable et d'un droit à l'autogouvernement et à la gestion territoriale.

Le droit à la terre, droit essentiel en raison de la dimension socioculturelle qui fait de la terre un bien vital pour les indigènes, s'articule autour de la propriété d'une part, avec la reconnaissance d'un droit de propriété collective et l'obtention d'un titre de propriété grâce à une procédure technico-administrative de délimitation et démarcation des terres (*saneamiento*), et d'autre part, de l'accès à la terre, sous forme de restitution ou de dotation. Le droit de propriété tel qu'il est reconnu et exercé montre un mélange des cultures qui bouleverse notre conception occidentale de la propriété et du Droit. Tout d'abord, le caractère ancestral ou encore l'utilisation culturelle de la terre sont admises comme mode de preuve de possession des terres. Par ailleurs, le titulaire du droit de propriété est collectif (le peuple ou la communauté qui s'est vu reconnaître la personnalité juridique). Sa fonction l'est également puisqu'elle vise à protéger un bien collectif, la terre, le territoire (et l'autonomie qui en découle pour son titulaire). Enfin, ce droit peut être exercé à de multiples niveaux, de manière superposée (collectif, familial-collectif et familial-individuel); exercice qui peut même être rotatoire. Dans certains cas, la propriété collective peut se diviser, de manière interne à la communauté, en propriétés individuelles familiales (et en ce sens être une superposition de droits et non une division formelle).

La lutte des mouvements indigènes, au travers d'actions collectives et autres stratégies, pour exiger que ces droits soient reconnus, ou qu'ils soient appliqués lorsque leur reconnaissance n'est que formelle, témoignent aussi de leur participation à la production du Droit et à son effectivité.

L'influence s'étend également à une question universelle, celle de l'Environnement, qui s'inscrit dans un modèle de vivre ensemble. Là encore, les textes de Droit bolivien montrent une influence des cultures indigènes, puisque ceux-ci reconnaissent comme bien collectif et transforment en sujet de droits collectifs la *Madre Tierra*, concept propre à la cosmovision indigène, que l'on peut rapprocher de l'Environnement. Les droits de la *Madre Tierra*, qui sont le droit à la vie, le droit à la diversité de la vie, le droit à l'air pur, le droit à l'équilibre, le droit à la restauration, et le droit à la non contamination, créent des obligations pour l'Etat ainsi que des devoirs pour les citoyens, sur qui reposent également l'exercice et la défense de ces droits. Cette proposition fait partie d'une philosophie, d'un mode de vie idéal, el *Vivir Bien*, autre concept propre à la cosmovision indigène, défini par des valeurs telles que l'égalité, le respect, l'harmonie, l'équilibre, la réciprocité et la complémentarité, et

que l'Etat accueille comme un principe devant guider les politiques publiques en vue de l'instauration d'un nouveau modèle de société.

Ces concepts et conceptions sont d'un grand intérêt pour le Droit international de l'Environnement, qui peine à se définir et s'enlise dans un cadre théorique anthropocentriste et utilitariste contre-productif. Pris entre deux préoccupations difficilement compatibles, à savoir la croissance économique et la protection de l'Environnement, les Etats ont développé un Droit sectoriel, tentant de faire face, au coup par coup, aux problèmes écologiques grandissants. L'appel des mouvements sociaux, et en particulier indigènes, a joué un rôle dans certaines orientations données, sans parvenir à une rupture complète. En résulte la création d'une catégorie sui generis, l'Environnement, érigé en Patrimoine commun, dont les composantes ne sont pas appropriables, mais peuvent être néanmoins utilisées sous certaines conditions, pouvant se résumer à un critère de durabilité, et dont les utilisateurs, également administrateurs, sont soumis à la responsabilité partagée de veiller à sa protection. Cette responsabilité s'entend face à la prévention de dommages mais aussi à la réparation de ceux-ci s'ils venaient à se produire. La nature de la responsabilité n'est pas uniquement subjective, basée sur la faute, mais devient objective, c'est-à-dire basée sur le risque.

Dans le cadre de ce régime protecteur se forme un Droit hybride qui permet aux citoyens de protéger et de défendre l'Environnement. Ils se voient investis d'un droit à l'Environnement, qui à défaut d'être autonome, existe par la reconnaissance, notamment dans les tribunaux, d'un droit à un environnement sain, accompagnés de droits procéduraux, qui sont le droit public à l'information, le droit de participer au processus décisionnel, et le droit à un recours effectif, en matière environnementale.

Dans ce schéma manque une institution qui permettrait de représenter et défendre les intérêts de l'Environnement, à l'image du Défenseur de la Madre Tierra, en voie de création en Bolivie, suite à la proposition des peuples indigènes, ainsi qu'une instance juridictionnelle pour juger des délits environnementaux, pour laquelle militent aussi les mouvements indigènes et sociaux et qui ont déjà mis en oeuvre une première expérience de Tribunal international de Justice climatique.

Au delà de ces aspects, le discours des cultures indigènes, qui place la Nature au centre de l'Environnement et non l'Homme, peut permettre d'inverser la tendance actuelle à la commercialisation de la Nature (effet pervers de la théorie du

Développement durable), et avancer vers la reconnaissance de droits de l'Environnement.

L'influence des cultures indigènes, réelle ou potentielle, qui se vérifie tant en Droit interne qu'en Droit international, montre que le Droit est un processus dynamique et continu, et que l'Etat n'est pas le seul acteur de sa production.

## ÍNDICE DE FIGURAS Y MAPAS

<b>Figura 1.</b> Derecho a la tierra y derecho de propiedad	103
<b>Figura 2.</b> Derecho al territorio	125
<b>Figura 3.</b> Territorio y propiedad en tierras bajas	137
<b>Figura 4.</b> Territorio y propiedad en tierras altas (ayllus-aynocas)	138
<b>Figura 5.</b> Territorio y propiedad en tierras altas (ayllus-sayañas)	138
<b>Mapa 1.</b> Regiones de Bolivia	267
<b>Mapa 2.</b> Parque Nacional “Isboro Sécore” – TIPNIS	267

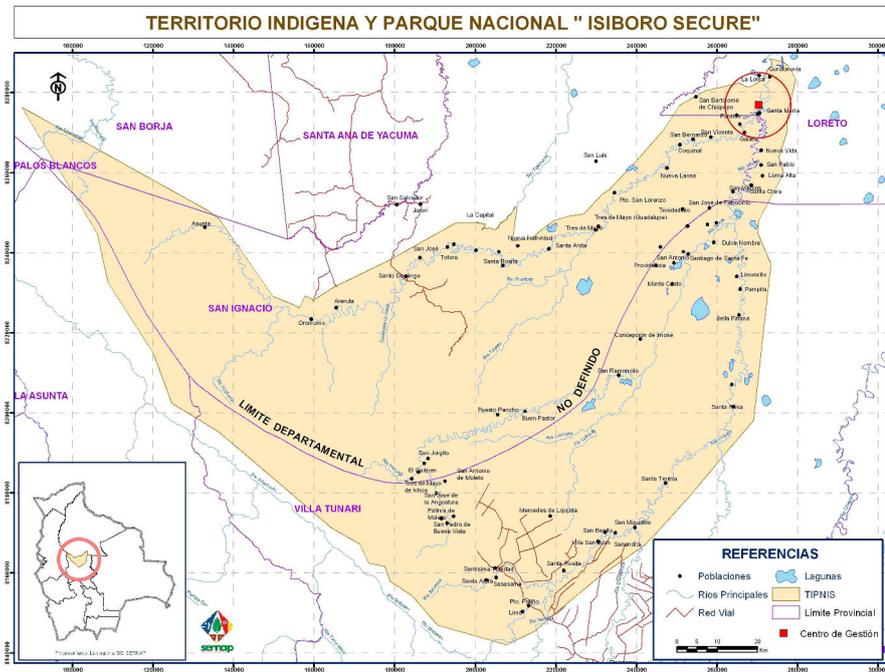
# MAPAS

## Mapa 1. Regiones de Bolivia



Fuente : Cámara Oficial Española de Comercio e Industria en Bolivia

## Mapa 2. Parque Nacional “Isboro Sécure” – TIPNIS



Fuente: SERNAP



## ENTREVISTAS

Gran parte de la investigación se basa en fuentes primarias y orales. Se indican a continuación datos sobre las personas que fueron entrevistadas, y que están citadas en el texto.

CALDERÓN ROSAS Pedro, Secretario Ejecutivo de la CSCIB, en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

CHIVI VARGAS Idón Moisés, Director General de Administración Pública Plurinacional, Vice-Ministerio de Descolonización, en La Paz, el 27 de diciembre de 2011.

CHOQUE Ramiro, Unidad de Saneamiento de TIOCs del Vice-Ministerio de Tierras, el 23 del 12 de 2011, en La Paz.

DIAZ Deborah, Directora del CEJIS Nacional, entrevista telefónica, el 07 de agosto de 2012.

FERNANDEZ ESPEJO Javier, Responsable del proyecto “Promoviendo los Derechos Indígenas y la gestión de los recursos naturales en Bolivia”, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, en La Paz, el 06 de diciembre de 2011.

GUEVARA ÁVILA Jean Paul, Embajador de Bolivia en Francia, entrevistado en París, el 28 de febrero de 2013.

HIERBAS Mónica, Jefa de Unidad de Gestión Territorial de la Dirección General de Autonomía Indígena Originaria Campesina del Vice-Ministerio de Autonomía Indígena Originaria Campesina, en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

MACHACA YUPANQUI Rodolfo, Técnico de la CSUTCB, en La Paz, el 16 de diciembre de 2011.

MAMANI Carlos, Miembro del Foro permanente sobre cuestiones indígenas de Naciones Unidas (y Presidente del mismo en esa época), y Profesor titular en la UMSA, en La Paz, el 07 de diciembre de 2011.

MEDINACELI R. Víctor, Técnico del CONAMAQ, especialista en Ordenamiento territorial, en La Paz, el 08 de diciembre de 2011.

MULLUCUNDO Eugenio, Defensor en la Defensoría del Pueblo, en La Paz, el 14 de diciembre de 2011.

Rosa, miembro de la CNMCIQB “BARTOLINAS Sisa”, en La Paz, el 21 de diciembre de 2012.

SOTO Weimar, Fundación Tierra, en La Paz, el 23 de diciembre de 2011.

TAPIA GARCÍA Juanito Félix, Director del Instituto Nacional de Reforma Agraria, en La Paz, el 21 de diciembre de 2011.

TERÁN Ariel, Enlace en Fortalecimiento Orgánico, CEJIS Regional La Paz, en La Paz, el 22 de diciembre de 2011.

VEGA KAIFI Elisa, mujer kapana, en la Paz, el 27 de diciembre de 2011.

ZACONETA Roxana, Abogada, en La Paz, el 25 de diciembre de 2011.

## **RELACIÓN DE LEGISLACIÓN, INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIA**

### **Derecho interno boliviano**

Constituciones políticas del Estado de 1967, 1994 y 2009.

Ley N°1257 de 11 de julio de 1991, mediante la cual se aprueba y ratifica el Convenio 169 de la OIT.

Ley N°1333 de 27 de abril de 1992, de Medio Ambiente.

Ley N°1700 de 16 de julio de 1996, Ley Forestal.

Ley N°1715 de 16 de octubre de 1996, del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA).

Ley N°1818 de 22 de diciembre de 1997, del Defensor del Pueblo.

Ley N°2066 de 11 de abril de 2000, Ley de Aguas, modificatoria a la ley N° 2029 de servicios de agua potable y alcantarillado.

Ley N°3058 de 17 de mayo de 2005, Ley de Hidrocarburos.

Ley N°3545 de 28 de noviembre de 2006 de Reconducción de la Reforma Agraria.

Ley N°3760 de 7 de noviembre de 2007, mediante la cual se eleva a rango de Ley de la República los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Ley N°31 de 19 de julio de 2010, Ley marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibañez”.

Ley N°071 de 21 de diciembre de 2010, de Derechos de la Madre Tierra.

Ley N°073 de 29 de diciembre de 2010, de Deslinde Jurisdiccional.

Ley N°144 de 26 de junio de 2011, de la Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria.

Ley N°180 de 24 de octubre de 2011, de intangibilidad del TIPNIS.

Ley N°222 de 10 de febrero de 2012, de Consulta a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore – TIPNIS.

Ley N°300 de 15 de Octubre de 2012, Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo integral para Vivir Bien.

Ley N°477 de 30 de diciembre de 2013, Ley sobre avasallamiento y tráfico de tierras.

Código procesal constitucional

DS N°29215 de 2 de agosto de 2007, Reglamento de la Ley INRA.

DS N°29033 de 16 de Febrero de 2007, Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas.

DS N° 29103 de 23 de abril de 2007, Reglamento de Monitoreo Socio - Ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro el territorio de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas.

DS N°29894 de 7 de febrero de 2009, Organización del órgano ejecutivo.

DS N°727 de 6 de diciembre de 2010, en cumplimiento a la Disposición Transitoria Séptima de la Constitución Política del Estado, las Tierras Comunitarias de Origen – TCO's pasan a denominarse Territorios Indígenas Originario Campesinos – TIOC's.

DS N° 22610 de 24 de septiembre de 1990.

Decreto Ley N° 3464 de 2 de agosto de 1953 elevado a rango de ley en 1956.

Decreto Ley 7401 de 22 de noviembre de 1965, Declara. "Parque Nacional del Isiboro y Sécuré".

Textos disponibles en La Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia.  
<http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo>

Anteproyecto de Ley Marco de la Madre Tierra consensuado entre el Pacto de Unidad y la Asamblea Legislativa Plurinacional, octubre-noviembre de 2010.

### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia**

SC 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003.

SC 0110/2010-R de 10 de mayo de 2010.

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

SC 0300 de 18 de junio de 2012.

Auto Constitucional 0140/2012-RCA de 28 de agosto de 2012.

Auto constitucional 0197/2012-RCA, de 11 de noviembre de 2012.

### **Derechos extranjeros**

Francia:

*Constitution française de 1958.*

*Loi constitutionnelle N° 2005-205 du 1 mars 2005, relative à la Charte de l'environnement.*

*Loi N° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation, relative à la mise en oeuvre du Grenelle de l'environnement.*

*Arrêté du 25 juillet 2013, fixant les modalités d'accréditation des ordonnateurs auprès des comptables publics assignataires en application de l'article 10 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.*

Textos disponibles en el Journal Officiel de la République française: <http://www.journal-officiel.gouv.fr/>

España:

Constitución española de 1978.

Texto disponible en el Boletín Oficial del Estado: <http://www.boe.es/>

## **Derecho internacional**

### **Instrumentos jurídicos internacionales**

Carta africana de Derechos humanos y de los Pueblos, adoptada en la XVIII de la Conferencia de la Organización de la Unidad para Africana celebrada en Nairobi, el 27 de junio de 1981.

Carta árabe de Derechos Humanos, aprobada por el Consejo de la Liga árabe el 14 de septiembre de 1994, y revisada en 2004.

Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 28 de octubre de 1982.

Convención americana sobre Derechos Humanos, adoptada por la Organización de Estados Americanos en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

Convención de Naciones Unidas sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales adoptada en la Conferencia Ministerial "Medio Ambiente para Europa", celebrada en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998.

Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, aprobada el 30 de abril de 1982.

Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en París el 17 de octubre de 2003.

Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO en París, el 21 de noviembre de 1972.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 27 de junio de 1989.

Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, aprobado en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Cumbre de la Tierra), celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

Convenio europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York, el 9 de mayo de 1992.

Convenio sobre responsabilidad civil por los daños resultantes de actividades peligrosas para el Medio Ambiente, aprobado por el Consejo de Europa celebrado el 21 de junio de 1993 en Lugano.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro, del 20 al 22 de junio de 2012.

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de la Tierra), celebrada en Río de Janeiro, del 3 al 14 de junio de 1992.

Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo, del 5 al 16 de junio de 1972.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General en Nueva York, el 13 de septiembre de 2007.

Declaración de los deberes fundamentales de los pueblos y de los Estados asiáticos, adoptada por el Consejo regional de derechos humanos en Asia en 1983.

Declaración de los Derechos Humanos Emergentes aprobada en el Foro Universal de las Culturas celebrado en Monterrey (México) del 20 de septiembre al 8 de diciembre 2007.

Declaración de Derechos Humanos, aprobada por la ASEAN el 18 de noviembre de 2012.

Declaración del Cairo sobre los derechos humanos en el Islam, adoptada por representantes de Estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica en 1991.

Declaración del Milenio, aprobada en la Cumbre del Milenio, celebrada del 6 al 8 de septiembre de 2000, y por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 8 de septiembre de 2000, en su 8ª sesión plenaria, A/RES/55/2s.

Declaración final de la Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, celebrada en Río de Janeiro, del 17 al 23 de junio 2012. Disponible en: <http://rio20.net/propuestas/declaracion-final-de-la-cumbre-de-los-pueblos-en-la-rio20/>

Declaración sobre la responsabilidad de las generaciones actuales para con las Generaciones Futuras, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 12 de noviembre de 1997.

Declaración universal sobre la Diversidad cultural, adoptada por la Conferencia General de la UNESCO, el 2 de noviembre de 2001.

Protocolo a la Convención marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, firmado en la Conferencia de las Partes en Kioto, el 18 de diciembre de 1997.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, de 28 de enero de 2002, A/RES/56/83.

Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Los derechos humanos y el medio ambiente, aprobada el 19 de abril de 2010, en su 19° periodo de sesiones, A/HRC/RES/19/10.

Resolución del Consejo de Derechos Humanos, Mandato del Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, aprobada el 13 de octubre de 2011, en su 18° periodo de sesiones, A/HRC/RES/18/11.

Tratado de la Unión Europea, firmado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht.

### **Jurisprudencia internacional**

CIJ, *Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares*, Opinión consultiva de 8 de julio de 1996.

\_\_\_\_\_, *Gabcikovo-Nagymaros*, Hungría c/ Eslovaquia, fallo de 25 de septiembre de 1997.

\_\_\_\_\_, *Fumigaciones aéreas con herbicida*, Ecuador c/ Colombia. Caso sometido ante la CIJ el 31 de marzo de 2008 y abandonado por desistimiento el 12 de septiembre de 2013.

\_\_\_\_\_, *Fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay*, Argentina c/ Uruguay, fallo de 20 de abril de 2010.

\_\_\_\_\_, *Construcción de una carretera en Costa Rica en la ribera del río San Juan*, Nicaragua contra Costa Rica, Medidas cautelares, providencia de 8 de marzo de 2011 y 13 de diciembre de 2013.

CorteIDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

\_\_\_\_\_, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

\_\_\_\_\_, *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146

\_\_\_\_\_, *Caso Claude Reyes y otros c/ Chile, Fondo de reparaciones y costas*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie N°151.

\_\_\_\_\_, *Caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones, Costas*, sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

\_\_\_\_\_, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 24 de agosto de 2010, *Serie C No. 214*.

\_\_\_\_\_, *Caso Cuatro comunidades Ngöbe y sus miembros, Resolución sobre las Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Panamá*, 28 de mayo de 2010.

\_\_\_\_\_, *Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Fondo y Reparaciones*, sentencia de 27 de junio de 2012, Serie C N°245.

TEDH, *Taskin y otros c/ Turquía*, 10 de noviembre de 2004.

\_\_\_\_\_, *Balmer-Schafroth y otros c/ Suiza*, 26 de agosto de 1997.

\_\_\_\_\_, *Gorraiz Lizarraga y otros c/ España*, 27 de abril de 2004

\_\_\_\_\_, *Steel et Morris c/ Reino-Unido*, 15 de febrero de 2005.

\_\_\_\_\_, *Vides Aizsardzibas Klubs c/ Letonia*, 27 de mayo de 2004.

\_\_\_\_\_, *Boudaïeva y otros c/ Russia*, 20 marzo de 2008.

\_\_\_\_\_, *Brânduse c/ Rumanía*, 7 de abril de 2009.

\_\_\_\_\_, *Hatton y otros c/ Reino-Unido*, 8 de julio de 2003.

\_\_\_\_\_, *Guerra y otros c/ Italia*, 19 de febrero de 1998.

\_\_\_\_\_, *Hakansson y Sturesson c/ Suecia*, 21 de febrero de 1990.

\_\_\_\_\_, *Öneryıldız c/ Turquía*, 30 de noviembre de 2004.

\_\_\_\_\_, *Fredin c/ Suecia*, sentencia de 18 de febrero de 1991.

Tribunal Internacional de Justicia Climática, Dictamen de la Audiencia preliminar, 13 y 14 de octubre de 2009.

## BIBLIOGRAFÍA

### Monografías y artículos académicos

ALLIOT Michel, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, textes choisis et édités par Camille Kuyu, Karthala, Paris, 2003 [1983], p.128.

ANAYA James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ANSUATEGUI ROIG Francisco Javier, "Introducción. Reflexiones preliminares sobre un problema moral jurídico: los derechos colectivos", En Francisco Javier ANSUATEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson-Instituto Bartolomé de las Casas, 2001, pp. 7-15.

ARNAUD André-Jean, entrada "Conflit", En Cercle de sociologie et nomologie juridiques Français, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, France, 1993

ASCARRUNZ Beatriz, "El Vivir Bien como sentido y orientación de políticas públicas", En CIDES-UMSA, Ivonne FARAH H y Luciano VASAPOLLO (coord.), *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, Plural editores, La Paz, 2011, pp. 423-435.

BARRIÈRE Olivier, BARRIÈRE Catherine, *Un Droit à inventer : Foncier et environnement dans le Delta intérieur du Niger(Mali)*, IRD, Paris, 2002.

BAZOBERRY CHALI Oscar, "¿Cómo entender el minifundio en el contexto boliviano?", En Consultora Sur, Miguel MORALES (coord.), *Hablemos de tierras. Minifundio, gestión territorial, bosques e impuesto agrario en Bolivia*, Plural editores, 2011. pp. 51-65.

BERRAONDO LÓPEZ Mikel "Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente", En Mikel BERRAONDO LÓPEZ (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 469-488.

BLÁZQUEZ MARTÍN Diego, "La propiedad de los pueblos indígenas y la discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales", *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 9, N°13, 2004, pp. 385-398.

CABEDO Vicente, *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*, UPV, 2004.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 2<sup>da</sup> edición, 2008.

CLASTRES Pierre, *La Société contre l'Etat* (1974), Les Éditions de minuit, 2011.

DE MARZO Giuseppe, *Buen Vivir. Para una democracia de la Tierra*, Plural editores, La Paz, 2010.

DÉJEANT-PONS Maguelonne, "Les droits de l'homme procéduraux à l'environnement dans le cadre international paneuropéen", En François OST, Serge

GUTWIRTH..., *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 309-349.

DELGADO Freddy, RIST Stephan y ESCOBAR Cesar, "Desarrollo endógeno sustentable : camino para re-actualizar el 'Vivir Bien' en el contexto de la revolución democrática y cultural de Bolivia", En CIDES-UMSA, Ivonne FARAH H y Luciano VASAPOLLO (coord.), *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, Plural editores, La Paz, 2011, pp. 401-419.

DELMAS-MARTY Mireille, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 2005.

DEVISSHER Marc, "Gestión territorial indígena originaria campesina en Bolivia", En Consultora Sur, Miguel MORALES (coord.), *Hablemos de tierras. Minifundio, gestión territorial, bosques e impuesto agrario en Bolivia*, Plural editores, 2011, pp. 99-123.

EBERHARD Christoph, "Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel: Réflexion critique sur une démarche", (En línea). 7 de junio de 1998. Disponible en : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/eberdhrefcrit.htm>

\_\_\_\_\_, *Droits de l'Homme et Dialogue Interculturel*, Éditions des écrivains, Paris, 2002.

ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, L'extenso, Coll. Droit et société, Série sociologie N°51, Paris, 2009.

ESCUADERO ALDAY Rafael, "Los derechos colectivos frente al disparate y a la barbarie", En Francisco Javier ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2001, pp. 167-175.

FERNÁNDEZ MONTAÑO Karina y ILLANES VELARDE Dante Vladimir, *En busca de la tierra sin mal. Los derechos indígenas en territorios guaraní*, PIEB, Santa Cruz, 2010.

GARCÍA AMADO Juan Antonio, "Sobre derechos colectivos, dilemas, enigmas, quimeras", En Francisco Javier ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2001, pp. 177-194.

HABIYAKARE Dominique, "Familia y cultura africana" en Dionisio BOROBIO, *Familia e interculturalidad*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 2003.

HART Herbert L.A, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 2<sup>da</sup> edición, 2005.

HERRERA FLORES Joaquín, *La reinención de los derechos humanos*, Editorial Atrapasueños, Sevilla, 2008.

JADOT Benoit, "L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir", En François OST, Serge GUTWIRTH..., *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, pp.93-143.

JESTAZ Philippe, *Le Droit*, Dalloz, Paris, 2012.

JHERING (VON) Rudolf, *La lutte pour le droit* (1ra edición, Librairie Maresq Aîné, 1890), Dalloz, Paris, 2006.

LAPLANTINE François, *La description ethnographique*, Armand Collin, Sciences Sociales 128, Paris, 2005.

LE ROY Étienne, *Le jeu des lois. Une anthropologie "dynamique" du Droit*, LGDJ, Col. Droit et Société, Série anthropologique, Paris, 1999.

\_\_\_\_\_, *La terre de l'autre : une anthropologie des régimes d'appropriation foncière*, LGDJ, L'extenso, Coll. Droit et société, Série anthropologie N°54, Paris, 2011.

\_\_\_\_\_, "Les fondements anthropologiques et philosophiques des Droits de l'Homme". En línea. (s. f). Disponible en: <http://www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/fdtsdh.htm>.

LÉVI-STRAUSS Claude, Introduction, En Marcel MAUSS et Claude LÉVI-STRAUSS, *Sociologie et anthropologie* (1950), PUF, Paris, 1960.

LLOPIS Carmen (Coord.), InteRed, *Los Derechos Humanos, Educar para una nueva ciudadanía*, Narcea SA Ediciones, 2001,

LUCAS (DE) Javier, "Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos", en Francisco Javier Ansuátegui (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson: Instituto Bartolomé de las Casas, 2001, p.160.

MALJEAN-DUBOIS Sandrine, "L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabsikovo-Nagymaros (Hondrie/Slovaquie)", *Annuaire Français de Droit International*, XLIII, 1997, CNRS Editions, Paris, p.327.

MAUSS Marcel, "Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques" En Marcel MAUSS et Claude LÉVI-STRAUSS, *Sociologie et anthropologie* (1950), PUF, Paris, 1960.

MAYORGA Fernando, *Dilemas. Ensayos sobre democracia intercultural y Estado Plurinacional*. CESU/Plural editores, La Paz, 2011.

MILLARD Eric, "Pour une utilisation critique de l'anthropologie du droit par les juristes...et les anthropologues du droit!", *Cahiers d'anthropologie du droit 2004, Revue Droit et Cultures hors série 2004/4*, pp. 295-300.

MERLEAU-PONTY Maurice, *Le Visible et l'invisible*, Gallimard, Paris, 1964.

NANJIRA D.C Don, "Perspectivas africanas sobre derechos humanos" en José VIDAL BENEYTO, *Derechos humanos y diversidad cultural. Globalización de las culturas y derechos humanos*, Icaria, 2006, pp. 113-135.

NICOLAU Gilda, En Gilda NICOLAU, Geneviève PIGNARRE, Régis LAFARGUE, *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, Dalloz, col. Méthodes du droit, Paris, 2007.

\_\_\_\_\_, "Polysémie et pluralisme juridique. L'exemple de la propriété", *Cahiers d'anthropologie du droit* 2013, por ser publicado por Karthala en 2014..

NICOLAU-COLL Agustín, VACHON Robert, "Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico". En línea. (s.f). Disponible en : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/agustivachon.htm>

OLIVA MARTÍNEZ J. Daniel, "Un intento de Fundamentación de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ordenamiento internacional", En Marco APARICIO WILHELMI (Coord.), *Caminos hacia el reconocimiento*, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp. 49-99.

\_\_\_\_\_, BLÁSQUEZ MARTÍN Diego, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, PUV Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ORTIZ Fernando, *Contrapunteo cubano del tabaco y el azúcar*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1991.

OST François, "Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu", En François OST, Serge GUTWIRTH, Centre d'Études du droit de l'environnement de Bruxelles, *Quel avenir pour le droit de l'environnement?*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996, pp. 9-19.

PANIKKAR Raimon, "La notion de droits de l'homme est-elle un concept occidental", *Interculture*, Vol. 18, N°1, Cahier 82, enero-marzo 1984, pp. 2-27.

PECES-BARBA Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_, "Los derechos colectivos", En Francisco Javier ANSUÁTEGUI (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dynkinson-Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, 2001, pp. 67-76.

PUENTE Rafael, "Vivir Bien y descolonización", En CIDES-UMSA, Ivonne FARAH H y Luciano VASAPOLLO (coord.), *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, Plural editores, La Paz, 2011, pp. 345-346.

ROULAND Norbert, *L'Anthropologie juridique*, PUF, Que sais-je?, Paris, 1990.

\_\_\_\_\_, "Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme", *Revue Générale de Droit*, Faculté de Droit d'Ottawa, n°25, 1994, pp. 9-47.

SAMANIEGO DELGADO Carlos Augusto, "Construyendo el futuro para todos desde adentro y desde abajo", Ponenciencia dada en el VIII Congreso internacional de la RELAJU, *El pluralismo jurídico en América Latina: Visiones críticas desde la teoría y la práctica*, La Paz, octubre de 2012. Disponible en : [www.relaju.org.bo](http://www.relaju.org.bo). Consultado en 2013.

SAMBON Jacques, “L’usufruit : un modèle pour le droit d’usage du patrimoine environnemental”, En VV. A.A *Quel avenir pour le droit de l’environnement ?*, op. cit, pp. 173-195.

SOUSA SANTOS (DE) Boaventura, “Vers une conception multiculturelle des droits de l’homme”, *Droit et Société*, N°35, 1997, pp. 79-96.

SUPIOT Alain, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Éditions du Seuil, Paris, 2005.

TAPIA MEALLA Luís, “Una geopolítica de la complementariedad”, En CIDES-UMSA, Ivonne FARAH H y Luciano VASAPOLLO (coord.), *Vivir bien : ¿Paradigma no capitalista?*, Plural editores, La Paz, 2011, pp. 383-400.

TEJADA OSCURO Alicia, “Gestión de tierra y territorio en el Territorio Indígena Originario Campesino Gwarayú”, En Consultora Sur, Miguel MORALES (coord.), *Hablemos de tierras. Minifundio, gestión territorial, bosques e impuesto agrario en Bolivia*, Plural editores, 2011, pp. 171-201.

VACHON Robert, “Le mythe émergent qu’est le pluralisme et l’interculturalisme de la Réalité”, Conferencia dada en el seminario *Pluralisme et Société, Discours alterlatifs à la culture dominante*, organizado por el Institut Interculturel de Montréal, el 15 de febrero de 1997.

VIDAL BENEYTO José (ed.), *Derechos Humanos y diversidad cultural: globalización de las culturas y derechos humanos*, Icaria, Barcelona, 2006.

## **Publicaciones de organizaciones internacionales**

### Publicaciones de organizaciones intergubernamentales

Conseil de l’Europe, *Manuel sur les droits de l’Homme et l’environnement* (2006), Conseil de l’Europe, 2012, p.143. Disponible en : [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/default\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/default_fr.asp); [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Other\\_Committees/GT-DEV-ENV\\_docs/Manual\\_Env\\_2012\\_nocover\\_Fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Other_Committees/GT-DEV-ENV_docs/Manual_Env_2012_nocover_Fr.pdf)

GROPPO Paolo, CENERINI Carolina, *Una visión del tema de la tierra y el territorio orientada hacia los pueblos indígenas: Un enfoque posible*, FAO, 2012.

SKUTNABB-KANGAS Tove, MAFFI Luisa, HARMON David, *Sharing a World of difference – The earth’s linguistic, cultural and biological diversity*, UNESCO, Terralingua, WWF-World Wild Fund for Nature, 2003 Disponible en : <http://www.terralingua.org/blog/2003/07/16/sharing/>

UNESCO / ICCROM / ICOMOS / UICN, *Gérer le patrimoine mondial naturel*, UNESCO, 2012, Disponible en : [whc.unesco.org/](http://whc.unesco.org/)

UNESCO & UNU, “Saber Tradicionales & Cambio Climático”, Resumen ejecutivo de Weathering Uncertainty: Traditional Knowledge for Climate Change Assessment and Adaptation, UNESCO & UNU, 2012. Disponible en : [www.ipmpcc.org/](http://www.ipmpcc.org/)

Publicaciones de organizaciones sociales, no gubernamentales y asociaciones

Attac France, *La nature n'a pas de prix. Les méprises de l'économie verte*, Editions Les Liens qui Libèrent, 2012.

Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, “Concluye Encuentro Plurinacional para Profundizar el Proceso de Cambio con más de 500 propuestas”, Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Noticias (En línea). Disponible en : [http://www.derechoshumanosbolivia.org/noticia.php?cod\\_noticia=NO20120111180003](http://www.derechoshumanosbolivia.org/noticia.php?cod_noticia=NO20120111180003)

CEJIS, Iván BASCOPÉ SANJINÉS, *Lecciones aprendidas sobre consulta previa*, CEJIS, La Paz, Bolivia, 2010.

CEJIS, “Industrias extractivas: políticas y derechos”, *Artículo Primero. Revista de Debate social y jurídico*, CEJIS, Año 14, N°21, Santa Cruz, 2011. Disponible en : <http://cejis.org/publicaciones/articulo-primero/>

CEJIS, Boletín Informativo N° 58 de la IX Marcha Indígena, CEJIS. Disponible en: <http://www.cejis.org/boletines/>

CEJIS, Iván BOSCOPE SANJINÉS (coord.), *Madre Tierra y Estado Plurinacional : Análisis sobre la construcción, contenidos y viabilidades de la ley de la Madre Tierra*, CEJIS, La Paz, Santa Cruz de la Sierra, (s.f). Disponible en: <http://www.cejis.org/publicaciones/libros>

CONAMAQ, *La Chakana, el Vivir Bien y el ejercicio de Autoridad Chcha-Warmi*, CONAMAQ, La Paz, 2010.

CIDOB, *Cartilla de Gestión Territorial Indígena CIDOB-GTI*, CIDOB, Santa Cruz, 2008.

Family Planning Association El Cairo, *La circuncisión femenina y la religión*. (En línea), (s.f). Disponible en: <http://mgf.uab.es> (apartado MGF).

Fundación TIERRA, CHUMACERO R. Juan Pablo (coord.), *Informe 2010, Territorios Indígena Originario Campesinos en Bolivia, Entre la Loma Santa y la Pachamama*, Fundación TIERRA, La Paz, 2011.

Fundación TIERRA, *Marcha Indígena por el TIPNIS. Lucha por en defensa de los territorios*, Fundación TIERRA, La Paz, 2012.

Fundación TIERRA, *Tierra-Territorio. Gestión territorial y de conflictos*. Editorial Tupac Katari, Sucre, 2013, p. 12.

INRA, *Breve Historia del Reparto de Tierras en Bolivia. De la Titulación Colonial a la Reforma Agraria y Ley INRA ; certezas y proyecciones de la ley de Reconducción Comunitaria en Bolivia*, Resultados de la Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria en Bolivia, Tomo I, INRA, La Paz, 2010. Disponible en : <http://www.inra.gob.bo/comunicacion/publicacionesDetalle.jsp?idPublicaInra=PUB-15>

INTERMON OXFAM, “La industria extractiva: pozos negros para los Pueblos Indígenas”, INTERMON OXFAM, 2007. Disponible en : <http://www.intermonoxfam.org/ca/node/2726>

ROLDÁN ORTEGA Roque, COICA, Manual para la formación en derechos indígenas. Territorio, recursos naturales y convenios internacionales, Ediciones Abya-Yala, 2005.

### **Informes y otros documentos institucionales**

#### Instituciones bolivianas

Programa de pueblos indígenas, originarias y comunidades campesinas – Protocolo de procesamiento de casos sobre tierra territorio, Defensoría del Pueblo de Bolivia Documento interno, (s.f).

Informe Defensorial respecto a la violación de los derechos humanos en la Marcha Indígena, Defensoría del Pueblo, La Paz, 2011.

Protocolo interno N°31 – Protocolo de atención de casos - sistema jurídico de los pueblos indígena, originario, campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas, Defensoría del Pueblo de Bolivia Documento interno, (s.f).

Defensoría del Pueblo, *XIV Informe Anual a la Asamblea Legislativa Plurinacional Gestión 2011*, Defensoría del Pueblo.

Informe interno de la Dirección General de Autonomía Indígena Originaria Campesina del Vice-Ministerio de Autonomía Indígena Originaria Campesina, Documento interno, 2011.

Cartilla *Las Tierras Comunitarias de Origen*, Viceministerio de Asuntos Indígenas y Pueblos Originarios, Bolivia.

“Bolivia en Río+20” (En línea), *Publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores*, Domingo 5 de agosto de 2012. Disponible en la página web del Ministerio : <http://www.rree.gob.bo/>

#### Instituciones y organizaciones internacionales

Folleto informativo N°27 publicado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Diecisiete preguntas frecuentes acerca de los relatores especiales de las naciones unidas*. Disponible en : <http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/sheets.htm>

Human Rights Council, Communications report of special procedures, 22 de agosto de 2013, A/HRC/24/21, y 22 de mayo de 2013, A/HRC/23/51.

Informe del Relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, presentado a la Comisión de Derechos Humanos, el 8 de diciembre de 2004 en su 61° periodo de sesiones, E/CN.4/2005/45.

Informe del Relator especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos, presentado al Consejo de Derechos Humanos, el 2 de julio de 2012 en su 21° periodo de sesiones, A/HRC/21/48.

Informe del Relator especial sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, presentado al Consejo de Derechos Humanos, el 5 de julio de 2010 en su 15° periodo de sesiones, E/CN.4/2005/45

Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. *Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, el Sr Rodolfo Stavenhagen, Misión a Bolivia, A/HRC/11/11, 18 de febrero de 2009. párr. 43.

*Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Final report submitted by the Special Rapporteur, M. José Martínez Cobo, CN.4/Sub2./1986/7/Add.4.

Comité intergouvernemental pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (UNESCO), *Orientations pour la mise en œuvre de la Convention sur le Patrimoine Mondial*, juillet 201, párr. 77ss. Disponible en <http://whc.unesco.org/fr/orientations/>.

Commission européenne, Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, Commission européenne, Bruxelles, 2.2.2000, COM (2000) 1 final.

### **Documentos de encuentros internacionales**

Conclusiones finales de la Cumbre de Tipikaya-Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra que tuvo lugar del 20 al 22 de Abril de 2010 en Cochabamba (Bolivia).

Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, *El futuro que queremos*, aprobado el 19 de junio de 2012, A/CONF/216.L.1. Disponible en : <http://www.un.org/en/sustainablefuture/>

Documento final de la Cumbre de los Pueblos por la Justicia Social Ambiental, *Otro future es possible*, aprobado en junio 2012. Disponible en : <http://rio20.net/iniciativas/otro-futuro-es-posible/>

Documento del Primer Encuentro Plurinacional para profundizar el Cambio, celebrado del 12 al 14 de Diciembre de 2011 en Cochabamba. Disponible en: [http://www.comunicacion.gob.bo/comunicacion/server/noticias/2011-12-19/2011-12-19\\_separata%20encuentro\\_plurinacional\\_lineamientos.pdf](http://www.comunicacion.gob.bo/comunicacion/server/noticias/2011-12-19/2011-12-19_separata%20encuentro_plurinacional_lineamientos.pdf).

*Desarrollo con identidad orientado al buen vivir/vivir bien de los pueblos indígenas de América Latina y el Caribe*, Relatoría de la VII Reunión intergubernamental, La Paz, 16 de noviembre de 2009 (texto borrador).

*Economía Verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza: Una perspectiva desde América Latina y el Caribe*, XVIII Reunión del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe celebrada en Quito (Ecuador) del 31 de enero al 3 de febrero de 2012. UNEP/LAC-IG.XVIII/3, 2 de diciembre de 2011, pp.3-4.

### **Artículos periodísticos y noticias electrónicas**

“Acuerdo descafeninado en la Cumbre del Clima de Varsovia”, *El Mundo* (En línea), 23 de noviembre de 2013, sección Medio Ambiente. Disponible en: <http://www.elmundo.es/ciencia/2013/11/23/5290e99563fd3de35a8b4574.html>

CARAMEL Laurence, “Un accord sur le Climat adopté à Varsovie”, *Le Monde* (En línea), sección Planète, 23 de noviembre de 2013. Disponible en: [http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/11/23/climat-un-accord-a-ete-adopte-a-varsovie\\_3519332\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2013/11/23/climat-un-accord-a-ete-adopte-a-varsovie_3519332_3244.html),

CHANDUVI JAÑA ELSA, “No se pueden modificar las condiciones de existencia de un pueblo sin su consentimiento”. Entrevista con la Doctora Raquel Yrigoyen Fajardo, *Noticias Aliadas* (En línea), 17 de julio de 2011. Consultado en 2011. Disponible en : <http://www.noticiasaliadas.org/articulos.asp?art=6428>

DONOSO Yuvert, “El TCP frena el juicio contra tres dirigentes del TIPNIS”, *La Razón* (En línea), 9 de octubre de 2013. Consultado en 2013. Disponible en : [http://www.la-razon.com/nacional/TCP-frena-juicio-dirigentes-TIPNIS\\_0\\_1921607872.html](http://www.la-razon.com/nacional/TCP-frena-juicio-dirigentes-TIPNIS_0_1921607872.html)

Ecologistas en acción, “Por un tribunal Internacional de Justicia Climática”, (En línea), 1 de octubre de 2009, p. 7. Disponible en: <http://www.quiendebeaqui.org/spip.php?article1611>

INTERMON OXFAM, “G8 must help poor countries cope with climate change, set up adaptation fund”, INTERMON OXFAM, (En línea), 7 de octubre de 2009. Disponible en : <http://www.oxfam.org/en/dc/pressroom/pressrelease/2009-10-07/g8-poor-countries-climate-change-adaptation>

IWGIA, “Bolivia: La IX marcha llega a La Paz”, IWGIA, Noticias (En línea), 28 de junio de 2012. Consultado en 2013. Disponible en : [http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news\\_id=556](http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news_id=556)

IWGIA, “Bolivia: A dos meses de concluir consulta en el TIPNIS Evo firma contrato para construir vía”, IWGIA, Noticias (En línea), 10 de octubre de 2012. Consultado en 2013. Disponible en : [http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news\\_id=660](http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news_id=660)

L’Expansion, “Les agriculteurs manifestent contre l’écotaxe”, L’Express (En línea), 22 de octubre de 2013. Disponible en [http://lexpansion.lexpress.fr/economie/les-agriculteurs-manifestent-contre-l-ecotaxe\\_408598.html#xtor=AL-189](http://lexpansion.lexpress.fr/economie/les-agriculteurs-manifestent-contre-l-ecotaxe_408598.html#xtor=AL-189);

L’Express (En línea), “Manifestations contre l’écotaxe”, L’Express, 27 de octubre de 2013. Disponible en [http://www.lexpress.fr/actualite/politique/manifestations-contre-l-ecotaxe-qu-est-ce-qu-il-attend-ayrault-qu-il-y-ait-un-mort\\_1294602.html#m9sPtuc4PWRtLfxH.03](http://www.lexpress.fr/actualite/politique/manifestations-contre-l-ecotaxe-qu-est-ce-qu-il-attend-ayrault-qu-il-y-ait-un-mort_1294602.html#m9sPtuc4PWRtLfxH.03).

Periodistas por el cambio, “Repsol trata de invadir tierras comunitarias de Tentayape (Bolivia)”, OMAL (En línea), 2010. Consultado en 2012. Disponible en: [http://www.omal.info/www/article.php?id\\_article=3346](http://www.omal.info/www/article.php?id_article=3346)

VARGAS Alan E., “El informe final sobre la Consulta Previa, en el TIPNIS”, *La Razón* (En línea), *La Gaceta Jurídica*, 23 de abril de 2013. Consultado en 2013. Disponible en: [http://www.la-razon.com/suplementos/la\\_gaceta\\_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia\\_0\\_1904209654.html](http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia_0_1904209654.html)

VARGAS Alan E., “Una Ley de Consulta Previa, Libre e Informada para Bolivia”, *La Razón* (En línea), *La Gaceta Jurídica*, 10 de septiembre de 2013. Disponible en : [http://www.la-razon.com/suplementos/la\\_gaceta\\_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia\\_0\\_1904209654.html](http://www.la-razon.com/suplementos/la_gaceta_juridica/Consulta-Previa-Libre-Informada-Bolivia_0_1904209654.html)

### **Vídeos**

*Tentayape, la última casa*. Documental de Roberto Alem Rojo, 52 minutos, 2008.

Entrevista a Fernando HUANACUNI realizada el 30 de agosto de 2012 por la Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas.  
Disponible en: <http://www.coordinadoracaoi.org/portal/?q=content/fernando-huanacuni-buen-vivir-vivir-bien#.UJviiI78IPR>.

### **Páginas web consultadas**

INRA: <http://www.inra.gob.bo/>

Ministerio De Autonomías De Bolivia: <http://www.autonomia.gob.bo/portal3/>

Centro de Documentación e información de Bolivia (CEDIB) :  
<http://www.cedib.org/documentos/consulta-tipnis-compendio-de-informes/>

Cámara de Diputados (Bolivia): <http://www.diputados.bo>

Erbol: <http://www.erbol.com.bo>

TCP: [www.tribunalconstitucional.gob.bo](http://www.tribunalconstitucional.gob.bo)

UNESCO : <http://whc.unesco.org>

FAO : [http://www.fao.org/nr/tenure/gobernanza-de-la-tenencia/es/?no\\_cache=1](http://www.fao.org/nr/tenure/gobernanza-de-la-tenencia/es/?no_cache=1)

PNUMA : <http://www.unep.org>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre el Relator Especial sobre las implicaciones para los derechos humanos de la gestión y eliminación ecológicamente racionales de las sustancias y los desechos peligrosos:

<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Environment/ToxicWastes/Pages/SRToxicWastesIndex.aspx>

Consejo de Europa: [http://conventions.coe.int/?pg=/treaty/default\\_en.asp&nd=&lg=fr](http://conventions.coe.int/?pg=/treaty/default_en.asp&nd=&lg=fr)

