

Alan E. Vargas Lima (Bolivia)*

El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

RESUMEN

Los recientes conflictos suscitados por el proyecto de construcción de una carretera en el tramo de Villa Tunari - San Ignacio de Moxos, sumados al firme desacuerdo expresado públicamente por los pueblos indígenas originarios que viven en la zona del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) y al peligro inminente de grave afectación al medio ambiente y la biodiversidad del sector, hacen necesario realizar algunas precisiones sobre la jerarquía constitucional del derecho al medio ambiente en Bolivia, a través de la aprobación de la Nueva Constitución Política del Estado, y su configuración como derecho colectivo o de los pueblos, para así perfilar los mecanismos jurisdiccionales idóneos para su protección efectiva.

Palabras clave: medio ambiente, gestión del riesgo ambiental, daño ambiental, tierras indígenas, derecho originario campesino, derecho indígena, jurisdicción constitucional, jurisprudencia, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts der vor Kurzem durch das Straßenbauvorhaben im Abschnitt Villa Tunari - San Ignacio de Moxos ausgelösten Auseinandersetzungen und der von den im Gebiet des Indigenen Territoriums Nationalpark Isidoro Sécore (TIPNIS) lebenden indigenen Völkern öffentlich zum Ausdruck gebrachten Ablehnung sowie der unmittelbaren Gefahr eines schwerwiegenden Eingriffs in die Umwelt und die Biodiversität des genannten Gebiets ist es notwendig, einige Klarstellungen zur verfassungsrechtlichen Stellung des mit der Verabschiedung der neuen Staatsverfassung verbundenen Rechts auf Umwelt in Bolivien und seiner Strukturierung als kollektives Recht der Völker vorzunehmen, um so die angemessenen Rechtsprechungsmechanismen zu ihrem effektiven Schutz herauszuarbeiten.

* Abogado especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente es asesor legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del blog jurídico *Tren Fugitivo Boliviano* (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>). <alanvargas84@hotmail.com>

Schlagwörter: Umwelt, Management der Umweltrisiken, Umweltschaden, indigenes Land, ursprüngliches Campesino-Recht, indigenes Recht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsprechung, Bolivien.

ABSTRACT

The project for the construction of a section of highway from Villa Tunari to San Ignacio de Moxos has recently sparked several conflicts and the native indigenous people who inhabit the indigenous territory in the Isiboro Sécure National Park (TIPNIS) in Bolivia have publicly expressed their strong disagreement. In light of the imminent danger of seriously affecting the environment and the biodiversity in the region, we feel the need to clarify the constitutional hierarchy of the right to the environment in Bolivia – through the approval of the new Political Constitution of the State – and its configuration as a collective right or a right of the indigenous people, in order to understand the proper judicial mechanisms for its effective protection.

Keywords: environment; environmental risk management; environmental damage; indigenous lands; primary rural law; indigenous law; constitutional jurisdiction; precedent; Bolivia.

1. La Constitución y los principios, valores y fines esenciales del Estado plurinacional

De acuerdo a la doctrina del derecho constitucional, el Estado democrático constitucional de derecho (que constituye la base sobre la cual se desarrolla el actual Estado Plurinacional de Bolivia) es un sistema de organización social y política basado en el imperio de la Constitución, como norma que obliga por igual a todos (gobernantes y gobernados). Esta se halla estructurada sobre la base de determinados valores supremos y principios fundamentales, según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal, así como también se protegen efectivamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Actualmente la Nueva Constitución Política del Estado, aprobada en el 2009, tras declarar que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”, dedica su capítulo segundo a establecer expresamente los *principios, valores y fines del Estado*. El artículo 8 declara que el Estado Plurinacional de Bolivia “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural, los siguientes: 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)”; y que “se sustenta en los valores de 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, para vivir bien”.

Por su parte, el artículo 9 constitucional, en forma innovadora también dispone expresamente:

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

En este sentido, siempre en el marco de la preservación de la unidad del Estado, las naciones y pueblos indígena originario campesinos también gozan del derecho a “vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas”, aspecto que ahora se encuentra constitucionalmente reconocido (artículo 30, parágrafo II, numeral 10) y que pone de manifiesto la naturaleza del derecho al medio ambiente como un derecho colectivo, además de ser un derecho fundamental de todas las personas, como se verá a continuación. Cabe hacer notar que este derecho halla su complemento en el numeral 15 del mismo artículo 30, parágrafo II, a través del cual la propia Constitución establece que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen 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.

2. Los derechos fundamentales de la persona

De manera general, los derechos fundamentales son aquellas capacidades o facultades que tienen todos los seres humanos para hacer o dejar de hacer algo, para pedir y plantear la atención de sus necesidades y formular requerimientos a sus autoridades y/o representantes. De ahí que los derechos fundamentales se encuentren consagrados en la Nueva Constitución Política del Estado como una fuente de garantía para su efectivo cumplimiento, resguardo y protección por parte del Estado. Debe considerarse además

que su consagración e inserción en las normas jurídicas solo constituyen un reconocimiento formal que hace el Estado, por cuanto los derechos fundamentales de las personas son inherentes a la naturaleza humana y existen más allá de la norma jurídica.

Ahora bien, algunos autores estiman que los *derechos humanos* o *derechos del hombre*, llamados clásicamente *derechos naturales* y actualmente *derechos morales*, no son en realidad auténticos derechos —protegidos mediante acción procesal ante un juez—, sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que, en todo caso, una vez que determinados derechos humanos se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y se transforman en derechos fundamentales vigentes en determinado ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que *los derechos fundamentales son derechos humanos positivados por la legislación interna de un Estado*. En otras palabras, la expresión *derechos fundamentales* designa a los derechos garantizados y reconocidos por la Constitución, mientras que la denominación *derechos humanos* hace referencia a los derechos proclamados y garantizados por las normas y los instrumentos internacionales. Los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente; los segundos, a los Estados y organismos internacionales.¹

Convencionalmente los derechos humanos se encuentran clasificados en tres grupos, de acuerdo al momento de su aparición histórica y reconocimiento positivo. Esto no importa una jerarquización, dado que todos estos derechos son aplicables en un plano de igualdad. Los tres grupos son los siguientes:

2.1. Los derechos civiles y políticos

Son aquellos que responden a la concepción liberal del hombre, considerado como sujeto particular dotado de potestades, facultades y capacidades propias, en el marco de la exaltación del valor supremo de la libertad individual. Se trata de aquellos derechos individuales de inspiración liberal que fueron proclamados de manera formal y sistematizada por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuyo objetivo esencial es el reconocimiento de las facultades y capacidades inherentes a la persona humana frente a los posibles abusos del poder público.

En este grupo de derechos, de manera enunciativa y no limitativa, se pueden citar el *derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la libertad física o de locomoción, a la propiedad privada, al honor y la buena imagen, a la inviolabilidad del domicilio, a la seguridad e integridad personal, a la petición, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a la libertad de elegir y ser elegido, al debido proceso, a la presunción de inocencia*, y un largo etcétera de manifestaciones.²

¹ Willman R. Durán Ribera: *Principios, derechos y garantías constitucionales*, Santa Cruz: Comunicaciones El País, 2005, pp. 99-100.

² La doctrina del derecho internacional de los derechos humanos considera que los derechos civiles y políticos constituyen obligaciones negativas para el Estado, porque demandan una actitud pasiva de este, que debe abstenerse de invadir el ámbito individual de la persona y, por lo mismo, se halla impedido de restringir o suprimir sus derechos. Dicho de otra forma, el Estado debe abstenerse de interferir en el ejercicio y el pleno goce de estos derechos por parte del ser humano, y limitarse a garantizar su efectividad mediante la creación de mecanismos jurisdiccionales de protección. Cf. José Antonio Rivera

2.2. Los derechos económicos, sociales y culturales

Conocidos también como los *derechos de segunda generación*, son aquellos que responden a una concepción del hombre como ente social, con capacidades y facultades inherentes a su desenvolvimiento en la sociedad; de ahí que, partiendo de la prevalencia del valor supremo de la igualdad frente a la libertad, se manifiestan como la expresión de la solidaridad humana, con un profundo contenido social.

Estos derechos fueron proclamados inicialmente en las Constituciones de los Estados, a partir del surgimiento del *constitucionalismo social*, es decir, entre finales de la primera guerra mundial e inicios de la segunda (período de entreguerras), y básicamente tienen la finalidad de asegurar a los seres humanos condiciones de vida fundamentadas en la dignidad humana, a través de la cual se reclama el derecho de todo ser humano a tener seguridad social y a la atención de las mínimas necesidades económicas, sociales y culturales.

En este segundo grupo de derechos, con carácter enunciativo y no limitativo, se pueden mencionar el *derecho al trabajo*, *a la seguridad social*, *a la libertad sindical*, *a la huelga*, *a la asistencia social*, *al descanso*, *a la vivienda*, *a la distribución equitativa de la riqueza social*, *a la educación*, *a adquirir cultura*, *a la familia*, además de la función social de la propiedad y otro largo etcétera de posibles manifestaciones.³

2.3. Los derechos colectivos o de los pueblos

Conocidos también como los *derechos de tercera generación*, son aquellos que corresponden al hombre en relación con su entorno (hábitat), ello en relación con el territorio, su cultura, sus costumbres y tradiciones; vale decir que son derechos inherentes a las colectividades humanas, como las minorías étnicas o políticas y los grupos religiosos, basados en la consideración del hombre como sujeto universal de derechos.

Estos derechos humanos de tercera generación se basan en la premisa de conceder o aceptar que todos los pueblos del mundo deben tener las condiciones mínimas para su desarrollo, lo que significa que el sujeto de estos derechos, más que el individuo mismo, es la colectividad, el pueblo y la humanidad entera. Sin embargo, el contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Al igual que los de segunda generación, son producto de determinados cambios históricos de la humanidad, por lo que, consagrados en diversas convenciones e instrumentos internacionales, aún están en proceso de definición concreta.

Entre los derechos humanos colectivos o de los pueblos, con carácter enunciativo y no limitativo, se pueden nombrar el *derecho a un medio ambiente sano*, *a un orden ecológico*

S., Stefan Jost y otros: *La Constitución Política del Estado: comentario crítico*, 3.^a ed., actualizada con las reformas del 2004, Cochabamba: Kipus, 2005, p. 38.

³ La doctrina internacional considera que estos derechos “constituyen obligaciones positivas para el Estado, es decir, para la gestión estatal en el orden social, económico y cultural, pues el ejercicio efectivo de un derecho social requiere de la creación e implementación de las condiciones necesarias y básicas por parte del Estado, para que los seres humanos puedan tener acceso a estos derechos acorde con las condiciones económicas de cada nación.” *Ibidem*, p. 39.

equilibrado, a la identidad cultural, al uso y el respeto de la lengua materna o de origen, a la libre determinación de los pueblos, a la paz, al desarrollo humano sostenible y sustentable, al acceso a la propiedad de la tierra y al espacio público, entre muchos otros.

3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, durante la 61.^a sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cabe hacer notar que, aunque una declaración de la Asamblea General no es un instrumento coercitivo del derecho internacional, representa el desarrollo internacional de las normas legales y refleja el compromiso de la Organización de las Naciones Unidas y los Estados miembros. De ahí que, para la ONU, la Declaración constituye un marco importante para el tratamiento de los pueblos indígenas del mundo y será indudablemente una herramienta significativa para eliminar las violaciones de los derechos humanos contra más de 370 millones de indígenas en el mundo, apoyándolos en su lucha contra la discriminación.

En este sentido, la Declaración precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, especialmente los derechos a sus tierras, bienes, recursos vitales, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico. Asimismo, subraya el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen, y su derecho a mantener su diversidad y a bregar por su propia visión económica y social.⁴

La importancia de la Declaración radica en reconocer que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente. En este sentido el artículo 29, destinado a proclamar el derecho al medio ambiente, establece:

[Los pueblos indígenas] tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.⁵

⁴ En la Asamblea General, 143 países votaron a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladés, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); 34 estados no estuvieron presentes en la votación. ¹¹

⁵ El mismo artículo 29 también dispone expresamente: "Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...]".

4. Los derechos de la Madre Tierra

A los efectos de comprender en su integridad la temática abordada en el presente ensayo, también es importante poner de relieve que el 21 de diciembre de 2010 se puso en vigencia en Bolivia la Ley de Derechos de la Madre Tierra (n.º 71), que tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de esos derechos.

En este sentido, entre los principios de obligatorio cumplimiento (artículo 2) que rigen la referida ley sobresalen algunos principios. En virtud del *principio de bien colectivo*, “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”.

El *principio de garantía de regeneración de la Madre Tierra* establece:

El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones.

En complemento de lo anterior, el *principio de respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra* dispone que “el Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras”.

Por último, a través del *principio de no mercantilización* se ha dispuesto expresamente que “no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie”.

Ahora bien, según el artículo 3 de la ley, la Madre Tierra se entiende como aquel “sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común”; de ahí que la Madre Tierra sea “considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

Los sistemas de vida que reconoce la ley (artículo 4) son, precisamente, aquellas comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, microorganismos y otros seres y su entorno, en las que interactúan 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, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas.

En el ámbito estrictamente jurídico, debe considerarse que para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de *sujeto colectivo de interés público*, por lo que ella y todos sus componentes, incluidas las comunidades humanas, son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en la misma ley. Así,

la aplicación de los derechos de la Madre Tierra debe tomar en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Además, los derechos establecidos en el texto no limitan la existencia de otros derechos inherentes a la Madre Tierra, según su naturaleza.

En definitiva, todas las bolivianas y bolivianos que formamos parte de la comunidad de seres que componen la Madre Tierra podemos ejercer los derechos establecidos en la mencionada ley, de forma compatible con nuestros derechos individuales y colectivos, teniendo presente que el ejercicio de los derechos individuales está limitado por el ejercicio de los derechos colectivos en los sistemas de vida de la Madre Tierra. Por ello, cualquier conflicto entre derechos debe resolverse de manera que no se afecte irreversiblemente la funcionalidad de los sistemas de vida, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 de la citada ley.

5. El bloque de constitucionalidad y el Convenio 169 de la OIT⁶

5.1. La teoría del bloque de constitucionalidad

La teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, más tarde se extendió a los países europeos y fue asimilada en Latinoamérica. Dicha teoría sostiene que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan a su Constitución, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, normas a las que conceden ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

En Bolivia, la jurisdicción constitucional ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la SC 1420/2004-R, del 6 de septiembre, que dispone:

[...] conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Tal entendimiento fue ratificado en la SC 1662/2003-R, del 17 de noviembre, en la que se expresó:

[...] este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la

⁶ Este acápite está basado íntegramente en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia constitucional 0045/2006, del 2 de junio, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>>.

Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.

De la jurisprudencia glosada se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados. Queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos referidos a los derechos humanos. Tal comprensión es posible, como lo explica la jurisprudencia glosada, por la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la CPE, ya que, tal como la doctrina de otros países de la región concibe, solo es posible aceptar a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad cuando existe una permisión expresa en la Constitución.

Así, la sentencia C-401/05, del 14 de abril de 2005, de la Corte Constitucional de Colombia expresa:

[...] la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia [...]. Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

5.2. El Convenio n.º 169 de la OIT y su vigencia en Bolivia

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano porque, además de ser un convenio sobre derechos humanos, tiene como objeto promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas mediante políticas tendientes a evitar la discriminación de los pueblos indígenas y tribales, a fin de que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad.

En la Constitución boliviana reformada en 1994, las normas previstas por el artículo 171.I reconocían en forma expresa los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, aspecto que actualmente se encuentra regulado en los artículos citados de la Nueva Constitución Boliviana, aprobada

en enero de 2009. En este marco, el Convenio 169 de la OIT debe ser considerado una norma integrante del bloque de constitucionalidad, por cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, lo que lo convierte en un parámetro para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Uno de los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT es el *derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la existencia o no de perjuicio a sus intereses por la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras*, en países como Bolivia, en los cuales la propiedad de los minerales e hidrocarburos es del Estado. Así, a tiempo de consagrar dicho derecho, las normas del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT disponen:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Del artículo transcrito surgen las siguientes normas:

1. una norma determinativa del campo de aplicación del derecho a la consulta, que establece que el referido artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT solo es aplicable en los países en los cuales el Estado tenga la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, como Bolivia (artículos 136, 138 y 139 de la CPE reformada en 1994);
2. una norma que impone la obligación que tiene el Estado de establecer mecanismos para consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la afectación a sus intereses antes de iniciar cualquier trabajo tendiente a explotar los recursos del subsuelo, y
3. una norma destinada a conceder el derecho de dichos pueblos a participar de los beneficios que la explotación de los recursos de su subsuelo reporten, siempre que sea posible —lo que equivale a decir que participarán de los beneficios si es que estos existen—, así como a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por las actividades que se desarrollen.

En conclusión, lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado de consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo a las particulares circunstancias sociológicas de estos, y no que dicha consulta tenga carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado; más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado.

Por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses que sufrirán como efecto de dicha extracción. Mucho menos puede ser entendida como una

facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.

6. El derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad⁷

El derecho a la consulta previa fue reconocido a los pueblos indígenas en el *Convenio 169 de la OIT*, cuyo artículo 6.1 estableció que al aplicar las disposiciones del Convenio 169 los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instancias representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El artículo 6.2 del Convenio dispone:

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La consulta se extiende a los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 15.2 del Convenio 169, el cual señala que, cuando la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo corresponda al Estado, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en esas tierras.

Dichas normas fueron ampliadas y precisadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en el artículo 19 establece:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Además, el artículo 32 de la Declaración, específicamente respecto a las tierras y territorios, sostiene:

⁷ Este acápite está basado íntegramente en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional contenida en la reciente sentencia constitucional 2003/2010, del 25 de octubre, disponible virtualmente en <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce, en el artículo 30.15, el derecho de los pueblos indígenas originarios:

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.

Posteriormente añade:

[...] 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.

En cuanto a los recursos naturales, el artículo 403 de la CPE 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, 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.

Ahora bien, a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que —como se ha señalado— forman parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, de conformidad a lo establecido en el artículo 410 de la CPE, se puede concluir que la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central como en las entidades territoriales autónomas, que debe efectuarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

Esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos:

- a. antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (artículos 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y 30.15 CPE);
- b. antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas);

- c. antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (artículos 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y 30.15 y 403 de la CPE), y
- d. antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento es una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: 1) *traslados de las tierras que ocupan y su reubicación* (artículos 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), y 2) *almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas* (artículo 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, en el que reconoció el derecho al consentimiento:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

En la misma sentencia el tribunal señaló:

[...] el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia. En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁸

⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007*, serie C, n.º 172. Conforme a lo anotado, para

7. El derecho al medio ambiente

La Nueva Constitución Boliviana pone de relieve la necesidad de protección y preservación del medio ambiente al reconocer expresamente en su texto, entre los derechos sociales y económicos, el *derecho al medio ambiente*, que consiste principalmente en que *todas las personas, sin distinción alguna, tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, a cuyo efecto el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*

Por esta razón, cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, se encuentra plenamente facultada para ejercitar las *acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente*, sin perjuicio de la obligación que tienen las autoridades e instituciones públicas de actuar de oficio (sin necesidad de requerimiento previo) frente a los atentados contra el medio ambiente. Todo ello al tenor combinado de lo previsto por los artículos 33 y 34 de la Nueva Constitución Boliviana, considerando sobre todo que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 14, parágrafo III constitucional). En complemento de lo anterior, todas las bolivianas y bolivianos, tenemos el deber ineludible de proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos (artículo 108, numeral 16 constitucional).

Indudablemente, el artículo 33 de la Constitución Boliviana optó por categorizar como derecho colectivo de todos los habitantes el derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. Esta afirmación se ratifica al comparar la citada norma con la regulación de la *acción popular* prevista en el artículo 135 constitucional, que al especificar los derechos e intereses colectivos tutelables por vía de esa acción constitucional alude a los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el *medio ambiente* y otros de similar naturaleza reconocidos por la misma Constitución.

Como se puede ver, ciertamente son importantes e innovadoras las disposiciones que se insertaron en nuestro texto constitucional a fin de preservar el derecho al medio ambiente de que goza toda persona por su condición de tal. Se trata de un derecho de naturaleza ambivalente (como derecho y deber fundamental) e inherente al ejercicio de los demás derechos en relación con los semejantes.

Sin embargo, la temática del medio ambiente como tal no se limita a su concreción como un derecho fundamental de las personas,⁹ sino que también extiende sus alcances

implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en tales casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos, cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiados, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, y el Estado debe actuar de forma razonable, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política —entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad—, respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y *modus vivendi*.

⁹ Al respecto, se debe considerar también que es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente, en cuya virtud la población tiene derecho a participar en la gestión

al ámbito educativo. Esto se debe a que la educación, además de constituir una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado (quien tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla), debe estar orientada “al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva”, así como “a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien”, de acuerdo a lo previsto expresamente por el artículo 8o constitucional.

8. Garantías constitucionales en defensa del derecho al medio ambiente en Bolivia

Al indagar sobre las garantías existentes en el sistema constitucional boliviano para la defensa del derecho colectivo al medio ambiente sano, se debe hacer necesaria referencia a la naturaleza y los alcances del control de constitucionalidad, de acuerdo a la Nueva Constitución Boliviana. En este sentido, el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo a su configuración constitucional, ha sido instituido como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, con la cualidad de defensor de los derechos fundamentales. Por lo mismo, su función principal es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y la vigencia plena de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

Precisamente para el cumplimiento eficaz de esas funciones, los artículos 202 de la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) y el 12 de la nueva Ley n.º 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) enumeran las competencias específicas de esta institución para que desarrolle su labor jurisdiccional especializada en una triple dimensión: a) el *control normativo de constitucionalidad*; b) el *control sobre el ejercicio del poder político*, y c) el *control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales*. A los efectos de este ensayo, únicamente nos interesará desarrollar el ámbito del control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en razón de que la problemática planteada se encuentra directamente vinculada a los derechos colectivos en general y al derecho a un medio ambiente sano en particular.

En este sentido, como he señalado en otro trabajo,¹⁰ el control tutelar tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que operan como límites al ejercicio del poder público del Estado. De acuerdo a lo establecido en la atribución 7.ª del artículo 12 de la ley n.º 27, el TCP debe

ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar la calidad del medio ambiente, de acuerdo al tenor combinado de los artículos 342 y 343 de la Nueva Constitución Boliviana.

¹⁰ Alan E. Vargas Lima, *Reflexiones críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia*, de próxima publicación.

ejercer este control a través de la revisión de las resoluciones emitidas a la conclusión de los procesos constitucionales emergentes de las siguientes acciones:

- a. *Acción de libertad*, que extiende su ámbito de protección a toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de su libertad personal. Vale decir que en el nuevo sistema constitucional boliviano los alcances de esta acción tutelar se han ampliado, con la finalidad de dar efectiva protección no solo a quienes se encuentran ilegalmente privados de libertad, sino también a quienes consideren que su libertad física o personal y su propia vida estén amenazadas.
- b. *Acción de amparo constitucional*, que extiende su ámbito de procedencia contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de personas individuales o colectivas que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley. Vale decir que se trata de una acción extraordinaria que tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, siempre que no exista otro medio o recurso legal para su defensa, a cuyo efecto esta acción tutelar se rige esencialmente por los principios de *subsidiariedad e inmediatez*, lo que implica la necesidad de otorgar una protección inmediata y eficaz a los derechos fundamentales y garantías constitucionales que en su momento resultaran lesionados.
- c. *Acción de protección de privacidad*, que se activa en favor de toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su *derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación*.
- d. *Acción de cumplimiento*, que procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley, por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. A tal efecto, dicha acción es susceptible de interponerse por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y debe tramitarse de acuerdo a las mismas reglas de procedimiento previstas para la acción de amparo constitucional.
- e. *Acción popular*, que de acuerdo al texto constitucional vigente procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que vulneren o amenacen con vulnerar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la misma Constitución (artículo 135 constitucional).¹¹

¹¹ Para mayor información sobre estas nuevas acciones tutelares (*acción de cumplimiento y acción popular*) que recientemente se han incorporado al sistema constitucional boliviano, y con amplia referencia a la doctrina y jurisprudencia comparadas, ahora puede consultarse *Revista Boliviana de Derecho Nacional e Internacional - La Jurídica*, n.º 1, marzo de 2011, pp. 11-43.

Asimismo, se ha previsto que la *acción popular* podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos, a cuyo efecto, y para interponer esta acción, no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir, de donde se desprende que esta vía tutelar no tiene carácter subsidiario, sino que por el contrario es de activación inmediata, sin necesidad de trámite y/o formalidades previas.

Además de lo anterior, podrá interponer esta acción cualquier persona afectada, a título individual o en representación de una colectividad (con la acreditación legal correspondiente) y, con carácter obligatorio, *el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo*, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos, debiéndose aplicar el procedimiento previsto para la tramitación de la Acción de Amparo Constitucional (ello según lo previsto por el artículo 136 constitucional, en concordancia con lo previsto por los artículos 128 y 129 constitucionales).

De las normas previstas por la Constitución se infiere que tanto el Ministerio Público —que debe actuar en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad— como el Defensor del Pueblo —que tiene el deber constitucional de velar por la vigencia, la promoción y el cumplimiento de los derechos humanos individuales y colectivos que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales— tienen ahora una obligación constitucional pendiente en defensa del derecho al medio ambiente que nos corresponde a todos los bolivianos en general, y en particular a los pueblos indígenas originarios que viven en la zona del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), el cual se halla en peligro de ser desconocido y suprimido, ante la existencia de intereses comerciales extranjeros y compromisos inconsultos contraídos en esferas gubernamentales a nombre del pueblo boliviano, lo cual ahora pretende mimetizarse con planes de desarrollo e integración.

En definitiva —como ha sostenido el presidente del Colegio de Abogados de Cochabamba, José Antonio Rivera—,¹² siendo el medio ambiente un derecho colectivo de los bolivianos y las bolivianas, en cumplimiento del deber que le impone la Constitución al Estado Plurinacional para la protección y conservación del medio ambiente y la biodiversidad, el Gobierno nacional debió consultar a la población en general, y a los pueblos indígenas originarios del TIPNIS en particular, sobre la construcción de la mencionada carretera, ya que estos pueblos serán los directos afectados con la construcción. Es claro que la consulta que debe formular obligadamente el Gobierno nacional no es una mera exigencia de los afectados, y menos puede estar sometida al criterio discrecional de los gobernantes, sino que es un derecho reconocido por la misma Constitución que todos los(as) bolivianos(as) hemos aprobado por decisión unánime, y que rige con obligatoriedad para gobernantes y gobernados.

¹² Al respecto, en el sitio web <http://t.co/fzvQT35> puede consultarse la posición del citado constitucionalista boliviano, a la que nos adscribimos plenamente y que nos ha servido de base para este ensayo.