

Voto Disidente Dr. Cusi Exps. 157 - 188 AIA

Mar 19 Jun 2012

## VOTO DISIDENTE

Sucre, 19 de junio de 2012

### SALA PLENA

Acción de inconstitucionalidad abstracta

Expedientes: 00157-2012-01-AIA

00188-2012-01-AIA (acumulado)

El suscrito Magistrado, con relación a la Sentencia Constitucional Plurinacional que resuelve las acciones de inconstitucionalidad referidas al exordio, formula su disidencia en los siguientes términos:

#### I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA

##### I.1. El Tribunal Constitucional Plurinacional en el proceso de construcción del Estado Plurinacional Comunitario

Para comprender el rol del Tribunal Constitucional Plurinacional en la construcción del Estado Plurinacional Comunitario, amerita establecer el entendimiento de lo que significa y representa el Estado Plurinacional comunitario.

El Estado, es la sociedad política y jurídicamente organizada capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares del exterior.

El Estado Plurinacional, es una organización política, jurídica, territorial y económica cuyo fin según el art. 9 de la Constitución Política del Estado (CPE), es constituir una sociedad justa y armónica cimentada en la descolonización, consolidando las identidades de las naciones y pueblos ancestrales. Entonces, el Estado Plurinacional tiene otra forma de estructuración “no clásica”, es un Estado que no responde a la lógica de la civilización occidental, del “monoculturalismo” secante. En esencia está sustentada por lo “pluri” haciendo referencia a “muchos”. Es decir, es una nueva forma de construcción que ha venido generándose desde los levantamientos y planteamientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En síntesis es un Estado que nace del proceso constituyente a partir de la propia realidad política, económica, social, cultural y espiritual y las cosmovisiones de las distintas naciones y pueblos que eran negadas sistemáticamente por el Estado clásico colonial y liberal, reconociendo la existencia de los mismos.

En ese sentido, el Estado Plurinacional es una organización política “nueva” en el que conviven varias o diversas naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano, sin que éstos fracturen territorialmente al Estado, a la vez, coexisten con sus propias “formas” y “lógicas” civilizatorias en condiciones de igualdad.

Con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se ingresó a un momento fundacional y construcción permanente del Estado Plurinacional, cuyas instituciones son también parte de esta construcción sistemática y continua, donde el Constituyente le dio al Estado la misión de construir, profundizar el pluralismo jurídico, plasmar la justicia plural y la descolonización.

Lo plurinacional implica la voluntad de construir y participar de una forma de gobierno común, que tendrá que ser de una forma que a su vez reconozca y garantice las diferencias culturales y las incorpore en el conjunto de las instituciones. De ahí viene la idea que debe haber unidad. Los principios de complementariedad y reciprocidad son centrales en la organización social, económica, política, cultural y jurídica. La reproducción de la vida es algo que sólo es posible cuando se organizan procesos de complementariedad entre comunidades que ocupan diferentes territorios con diferentes grados de fertilidad y condiciones de posibilidad para la producción y reproducción de la vida. Las relaciones de complementariedad no sólo entre los miembros de una misma cultura, sino entre colectividades de diferentes culturas. Desde la colonización, las relaciones entre pueblos y culturas se han caracterizado precisamente por la subordinación, exclusión, opresión y explotación, pero nunca de complementariedad y reciprocidad.

El Estado Plurinacional, como resultado de la fuerza descolonizadora o de reconstitución de las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, ha hecho posible la visibilización de éstos, antes excluidos de toda institucionalidad estatal, reconociéndolos como naciones y pueblos de pleno derecho; por lo que dentro de esta concepción de Estado Plurinacional Comunitario, la comprensión de los derechos, deberes y garantías no puede realizarse desde la óptica del constitucionalismo colonial-liberal, sino más bien debe abrirse a una pluralidad de fuentes del derecho y de derechos, trascendiendo el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual, entendiendo que los derechos en general, son “derechos de colectividades”, que se ejercen individual, social y/o colectivamente, lo cual no supone la negación de los derechos y garantías individuales. El enfoque plurinacional permite concebir a los derechos, en primer lugar como derechos de la colectividad velando el interés social, luego como derechos que se ejercen individualmente en beneficio de cada una de las comunidades civilizatorias. De este planteamiento emerge la necesidad de construir, de crear, “una comunidad de comunidades”; es decir, un derecho de colectividades, un derecho que necesariamente rompa el paradigma de la centralidad, la hegemonía única, de una cultura sobre las otras y posibilite diálogos de complementariedad e interculturalidad, de espacios políticos, de querrela discursiva para la generación histórica y necesaria de esta comunidad de comunidades de derechos.

El reconocimiento y adopción del pluralismo jurídico, hace posible un diálogo intercultural entre derechos, ya no existe una sola fuente de derecho y de los derechos; de donde éstos pueden ser interpretados interculturalmente, lo cual habilita el carácter dúctil y abierto de los derechos, permitiendo un giro en la comprensión de los mismos, generando su transformación para concebirlos como práctica de diálogo entre culturas, entre mundos civilizatorios en búsqueda de resignificar constantemente el contenido de los derechos para cada caso concreto.

En ese orden de ideas, el Estado tiene el deber de cumplir con esa misión a través de sus instituciones, entre las que se encuentra el Tribunal Constitucional Plurinacional. Con la promulgación de la Constitución Política del Estado, ingresamos a un momento fundacional en la historia del Estado Boliviano, que converge en el Estado Plurinacional Comunitario; en este escenario, como Tribunal Constitucional Plurinacional, estamos llamados a construir e instituir la misma, profundizando la plurinacionalidad, el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización.

Por ello, la construcción de la institucionalidad plurinacional parte del desmontaje de las lógicas de colonialidad, desmistificando la idea de que impartir justicia es solamente una “potestad”; sino por el contrario, asumirla como un servicio al pueblo, concebida como facultad/obligación, pues fruto de la colonialidad antes construida, se ha estructurado una “administración de justicia” extremadamente formal, sacramental y religioso-dogmático reproductora de prácticas judiciales desde la colonia y el periodo republicano, fundadas en la señorialidad de esta actividad bajo la concepción de “potestad” antes que “servicio”, sustentado por todo un aparato normativo, doctrinal e institucional. Corresponde al Tribunal Constitucional Plurinacional, romper esas relaciones y prácticas que se reproducen en lo social, cultural, económico, político e institucional, constituyéndose en un instrumento destinado a la generación de espacios de diálogo y relacionamiento de las diferentes concepciones jurídicas en el marco del Estado Plurinacional Comunitario, aportando al proceso de interpretación intercultural de los derechos fundamentales, así como de las garantías constitucionales, con énfasis en los derechos colectivos y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

## I.2. Derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos

La constitucionalización de derechos específicos de pueblos indígenas, es el resultado de un largo proceso de lucha por los mismos actores, no es un regalo; ha costado sangre, humillación, sufrimiento, incluso muertes, para la inclusión institucional de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesina, particularmente para las comunidades específicas emergente de la participación indígena, que lucha por sus derechos hoy constitucionalizados en parte.

Si bien este proceso no es “nuevo”, lo novedoso es que, por primera vez en la historia del constitucionalismo boliviano, se plantea un diálogo entre las naciones, pueblos indígena originario campesinos y el Estado boliviano, en igualdad de condiciones que posibilita las transformaciones, de los marginados de comprensión en cuanto a sus derechos en general.

Probablemente el instrumento internacional con más peso, que se puede utilizar como hito fundamental, sea el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que ya en 1989 aceptaba la importancia de la existencia y reconocimiento de derechos específicos a pueblos indígenas y pueblos tribales.

Bolivia ha ratificado dicho convenio en 1991, algunos de sus contenidos fueron tomados en cuenta en la reforma constitucional de 1994 (como respuesta estatal a las luchas y marchas indígenas de la década anterior) principalmente en lo referente a que el Estado se constituía como multiétnico y pluricultural, la inicial inclusión de más lenguas oficiales (a través de un decreto supremo) y la justicia comunitaria, todo bajo el esquema multiculturalista de tolerancia, donde se considera que una sola cultura nacional dominante, debe tolerar la existencia de la diversidad, siempre y cuando esta diversidad no viole ciertos principios y valores; por eso en 1994 se ponían límites a la justicia comunitaria por respeto no sólo a los derechos humanos y derechos fundamentales, sino también a la “Constitución y las leyes”.

Durante toda la década siguiente los pueblos indígenas intentarán reiteradamente reivindicar mayores derechos, principalmente alrededor de su existencia como naciones y no simplemente pueblos o comunidades para reclamar su derecho a la libre determinación e incluso la auto determinación que esta pendiente; Este reclamo va a encontrarse con la oposición del paradigma liberal que no concibe que existan más naciones que la “nación estado” como unidad estatal, y por lo tanto no acepta la existencia de las naciones, otorga únicamente derechos de “protecciones” a la identidad indígena, siempre y cuando ellas no violen la libertad individual de sus miembros de ninguna manera.

A nivel internacional el instrumento que abre debate sobre esta situación, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007, que taxativamente; “afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, ha ser los pueblos indígenas iguales a los demás pueblos, por lo tanto “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, esta redacción pone fin a la discusión sobre, si los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, que, algunos autores sostenían sólo tenían este derecho los pueblos nacionales, y de alguna manera resolviendo el conflicto sobre si los pueblos indígenas son o no “naciones”, actualmente, no importa si son reconocidos o no como naciones, igual gozan de libre determinación.

El proceso constituyente asume la realidad plurinacional de Bolivia, transformando al Estado, creando una nueva condición de estatalidad que afecta a toda la institucionalidad boliviana, que se ve obligada a rearticularse alrededor de esta nueva condición fundada en estos elementos: Una nueva concepción de los derechos, reconociendo derechos específicos a naciones y pueblos indígena originario campesinos y el cambio institucional producido por las diferentes autonomías.

Esta “absorción” de la institucionalidad indígena por el Estado, no es accidental, de alguna manera las naciones y pueblos indígena originario campesino han sido durante las últimas dos décadas cuerpos políticos coherentes, que han asumido un liderazgo predominante en la participación.

Así pues, se habla de una pluralidad de pueblos indígena originario que conviven en un territorio y se relacionan tanto entre ellos como con la “cultura dominante”; en el marco de esta plurinacionalidad, hay que tener en cuenta que cada comunidad es una comunidad de vida con sus propias particularidades. Cada una no sólo tiene prácticas, instituciones, autoridades y procedimientos propios, sino que cada una implica una forma de vida, que se refleja en todo lo mencionado, pero que no puede ser reducida a esos elementos.

Una de las características principales de la situación colonial, son las actitudes que se mantienen en el tiempo a pesar de haber concluido el coloniaje, el no – reconocimiento o un falso reconocimiento que suele representar una visión institucional estatal homogenizante en la que, las instituciones del Estado luego de no haber reconocido su existencia durante largo tiempo, cuando lo hacen, lo hacen con una perspectiva de unificación (generalmente porque vienen acompañadas de un interés por la asimilación cultural), y por lo tanto tienden a considerar a todas las comunidades como básicamente iguales, con pequeñas diferencias.

Los derechos de las naciones y pueblos ancestrales se vinculan con los derechos de la vida, las diversas disposiciones de la Constitución revelan una nueva condición de estatalidad, que a través del pluralismo reconocido, posibilita un diálogo intercultural para pensar en un nuevo lenguaje constitucional y de derechos que debe generarse a través de los diversos pluralismos (político, económico, jurídico, cultural y lingüístico) y mediante el carácter dúctil y abierto del derecho; pensar en un derecho a ser construido desde las diversas comunidades.

El Estado Plurinacional, es la construcción de una unidad singular a través de su pluralidad, de esta manera se establece la diversidad de comunidades existentes que cohabitan en el Estado, las mismas en el marco de la interculturalidad y el pluralismo son jerárquicamente iguales, esta igualdad posibilita entender los derechos no sólo desde una visión occidental, sino la construcción de los derechos desde contextos reales e históricos, desde la vida misma por estar referidos a seres vivos que viven en contextos vivos, así la vida se constituye en el eje transversal del nuevo Estado que contempla las diversas formas de vida, los seres vivientes y el ser humano.

La noción de vida debe enmarcarse a todo lo viviente y en razón a cada cultura cuya vida será de cierta manera distinta, generando múltiples visiones de la misma, no sólo una y única concepción. Estas diversas formas de reconocer la vida desde cada cultura afectará al nuevo Estado en cuanto a las formas de cuidado de la vida y su relación con otros derechos. El artículo 8 determina principios rectores de condiciones de vida que rigen la sociedad plural: suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). Abriendo de esta manera la interpretación de vida como condiciones materiales y espirituales que rigen la vida con un entorno vivo y las relaciones entre personas. Sin embargo éstas no cierran a otras condiciones de vida que devengan de otras culturas. De esta manera se amplía el carácter de vida a las relaciones vivientes existentes, por lo que supone pensar la producción de la vida en cada una de las culturas y pueblos.

El artículo 15 en su párrafo I, establece el derecho a la vida que se encuentra dentro del Capítulo Segundo (Derechos Fundamentales) correspondiente al Título II (Derechos Fundamentales y Garantías); dentro de la Primera Parte (Bases Fundamentales del Estado: Derechos, Deberes y Garantías) de la Constitución Política del Estado. De acuerdo a la ubicación del artículo se puede determinar criterios de interpretación a momento de juzgar un caso concreto.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 13 párrafo III, ningún tipo de clasificación que presente la Constitución en cuanto a derechos puede ser tomada como una jerarquización de los mismos. De esta manera todos los derechos enmarcados dentro del Título II: Derechos Fundamentales como los contemplados por el bloque de constitucionalidad no podrán ser jerarquizados, ni generar alguna superioridad entre los mismos. El criterio de interpretación nacerá ante la situación de conflicto entre dos derechos, en el qué se deberá determinar cuál de ellos goza de una aplicabilidad preferente en razón a la protección de un bien jurídico mayor.

El carácter de fundamental que tienen los artículos del 15 al 20 es de gran importancia dado a que responden a las necesidades primarias de los seres vivos para desarrollar vida en un entorno vivo. Derechos que son establecidos en esta sección y además se encuentran desarrollados a lo largo de la Constitución, por lo que son derechos vitales para la producción de vida y de ejecución inmediata por parte del Estado.

Son derechos que amplían la noción de vida a una concepción de formas de vida, reproducción y preservación de la misma, es indispensable para el desarrollo y preservación de las diversas formas de vida, el derecho a un hábitat y vivienda adecuada (Art. 19), además del derecho al agua y a la alimentación (Art. 16), derecho a la salud (Art. 18), el acceso a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones (Art. 20), sin dejar de lado el derecho a la integridad física, psicológica y sexual (Art. 15) y el de recibir educación (Art. 17). Todos estos derechos forman el núcleo esencial para desarrollo del derecho a la vida, al momento de ponderar los derechos se deberá determinar cuáles llegan afectar a este conjunto de derechos vitales productores de vida.

Por política constitucional, se entiende a la definición política del contenido de los derechos ante la existencia de una pluralidad de espacios productores del derecho, es en este sentido que se debe abarcar el carácter político del derecho a la vida. El mismo debe formarse basado en el carácter plural en el que se funda el Estado. La vida deberá ser enfocada desde los diversos criterios que engloba cada comunidad y mediante la ductilidad y porosidad de los derechos se puede abrir a nuevas dimensiones de interpretación y de comprensión del derecho. Consiguientemente al hablar de una pluralidad de concepciones de vida en tanto comunidades existan, es pensar en un derecho descolonizante. La vida como derecho fundamental es imprescindible no sólo para

la existencia de todo ser viviente sino también para la existencia de las diversas comunidades y su facultad de ejercer sus derechos.

La integralidad de la vida se verá reflejada en una nueva gramática a través de toda la Constitución, la misma que desde los derechos fundamentales redefine el carácter de vida hacia lo plural de las comunidades y la implicancia de vida en cada una de ellas. Es por esto necesario hablar de Derechos de la Vida como transversal a la amplia gama de derechos que contempla la Constitución.

En este contexto, es importante tener presentes ciertos aspectos:

i) Derechos Colectivos y Derechos Individuales. Clásicamente, los Derechos Humanos nos infieren que éstos son individuales, de la persona, y por lo tanto, los grupos colectivos no podrían ser sujetos de “derechos humanos” en sentido estricto, tendrán derechos propios, pero no podrían ser Derechos fundamentales ya que los derechos colectivos no son más que la suma de los derechos individuales; pero hay que reconocer que ciertos derechos, por muy individuales que sean en teoría, sólo pueden ser ejercidos en forma colectiva; además, por la naturaleza social del ser humano, las actividades alrededor de las cuales se han construido los derechos humanos se realizan en grupos, esto hace que cierto tipo de agrupaciones humanas se vuelvan de hecho en sujetos de derechos humanos.

Así, los derechos colectivos deberían ser considerados derechos humanos siempre y cuando su reconocimiento y ejercicio promueva a su vez los derechos individuales de sus miembros, y no deberían serlo aquellos derechos colectivos que violen o disminuyan los derechos individuales de sus miembros. Tanto los derechos individuales como los colectivos deberían complementarse para el logro del imperativo moral sobre el que descansa todo el aparato conceptual de los derechos humanos: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano.

El párrafo II del artículo 30 de la Constitución Política del Estado define el dilema en positivo al establecer que “las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos (...)” determinando claramente que esos derechos son derechos colectivos de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

El constituyente concibió los derechos de manera distinta. El derecho tiene un ascendiente colectivo y que se ejercen de manera individual. Esto es razonable dado que todos los derechos emanan de la participación de alguna comunidad de derechos de la que las personas son parte y que son un producto histórico y político.

El reto implica crear un colectivo de derechos que tome las nociones y visiones de la diversidad para generar un núcleo común de derechos, un mínimo básico común sobre cuya base se puedan interpretar los derechos.

ii) Derechos Universales y Derechos Particulares. Se concibe a los derechos humanos como universales en doble sentido: todos los seres humanos tiene estos derechos, pero también porque un ser humano tiene todos estos derechos exactamente iguales para todos.

Esta idea se encuentra relacionada con la creencia del liberalismo que todos los seres humanos son iguales, y que bajo esta abstracción hay un conjunto de derechos que deben ser iguales para todos, por eso no se acepta que deban existir derechos particulares que tomen en cuenta las diferentes singularidades, y si estos derechos existen, no serían parte de los derechos humanos estrictamente hablando, pues no serían derechos de todos los seres humanos.

Así, aceptar la universalidad de los derechos humanos implica aceptar la universalidad de la concepción de lo humano, que en este caso sería la concepción liberal del ser humano, y obligar a grupos con cosmovisiones distintas a acoger esta concepción implica sostener la superioridad del pensamiento liberal.

Una conclusión provisional podría asumir que no puede haber una auténtica justicia indígena mientras se le imponga el respeto de algo (los derechos humanos) que no es parte de su cosmovisión y que no tiene un correlato en su forma de comprender al ser humano.

Sin embargo, la idea es que los derechos humanos no se deben imponer a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, sino que deben dialogar con éstos, a través de considerar que, si bien los derechos humanos son universales, en su aplicación son interpretados contextualmente, esto es lo que se denomina interpretación intercultural de los derechos humanos, a la facultad que tiene un grupo de interpretar los derechos bajo una visión pluralista. Ése el rol del Tribunal Constitucional Plurinacional a través de sus fallos.

### I.3. Nociones generales sobre los conceptos de tierra y territorio

Tierra y territorio son dos conceptos diferentes aunque profundamente ligados entre sí, en cuanto tienen que ver fundamentalmente con la problemática de los pueblos indígena originario campesinos. La tierra es pues, el espacio físico geográfico indispensable de ocupación directa por parte de una unidad familiar, o una comunidad indígena, para una producción básicamente de subsistencia. Al respecto, el art. 394.II de la CPE, señala que la pequeña propiedad es indivisible, constituye patrimonio familiar inembargable, no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria y que la indivisibilidad no afecta el derecho a la sucesión hereditaria en las condiciones establecidas por ley. Por su parte, la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (Ley INRA) señala, refiriéndose al solar campesino, la pequeña propiedad, la propiedad comunaria y las tierras comunitarias de origen, que éstas cumplen la función social cuando están destinadas a lograr el bienestar familiar o el desarrollo económico de sus propietarios, pueblos y comunidades indígenas, campesinas y originarias.

El concepto de territorio, en cambio, tiene un sentido más amplio en la materia que nos ocupa y constituye en esencia el espacio geográfico en el cual ancestralmente se desarrolla la vida de un pueblo indígena, vinculado con su cultura, tradición histórica, instituciones y cosmovisión. Es el espacio indispensable para su sobrevivencia como pueblo indígena tanto en lo económico, social y cultural.

Sin embargo, en la conceptualización de la “tierra” y el “territorio” es importante interpretar la tierra y el territorio, desde el horizonte “descolonizador” y “liberador” de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, porque la lucha por tierra y territorio de las naciones indígenas, tienen alcance emancipatorio, autodeterminista o libre determinista. En resumen, tiene la esencia “libertad plena”, de ahí que en nuestro país, y en cualquier otra parte, de naturaleza india, las luchas lleven cargadas del principio “Tierra y Libertad”. Éste es la concepción del pensamiento de estos pueblos. Por estas razones los pueblos indígenas están dispuestos a levantarse o sublevarse una y otra vez. Porque a la tierra-territorio se le entiende en el “sentido” de la casa grande integral.

Es así que la vinculación de los pueblos indígenas con la tierra y territorio es fundamental y no se limita a una relación de carácter físico, sino también espiritual según su cosmovisión, lo cual demanda el reconocimiento y protección por parte del Estado. En el caso boliviano, ello ha quedado patente en la Constitución actual, posibilitando de esta manera preservar este legado y transmitirlo de generación en generación. Al respecto, en primer término, el Preámbulo de la Constitución Política del Estado, destaca la lucha del pueblo boliviano por la tierra y territorio; en el art. 30.II num. 4, se reconoce como derecho de las naciones y pueblo indígena originario campesinos “A la ... territorialidad”; en el art. 394.III, se establece que 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. Por su parte, el art. 13 del Convenio 169 de la OIT, señala que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.” El numeral 2 de dicho artículo aclara que el concepto sobre territorio “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

El Territorio abarca todo lo que constituye el hábitat de una nación y pueblo indígena, el espacio histórico y religioso, heredado de sus antepasados, el área geográfica que utiliza para sus actividades de producción social, política, cultural y espiritual, el sitio necesario para la preservación de los ecosistemas y recursos naturales y áreas que garanticen el crecimiento y desarrollo de la población indígena. Por lo tanto, se entiende que el territorio (casa grande) tiene vida propia y se puede tomar como la célula básica para existencia y el desarrollo de la identidad cultural, para la transmisión del conocimiento ancestral del significado de

comunidad. La “casa grande”, “la tierra sin mal”, “la loma santa” al ser considerada como algo vivo y no pertenecer a nadie, proporciona los recursos necesarios para el buen vivir, donde los pueblos toman de la naturaleza lo necesario para su subsistencia.

Además se debe agregar que en la visión occidental y colonial la tierra y el territorio es solo aquella cosa, aquel objeto y que solo tiene el valor comercial de donde se puede lograr beneficios individuales y en cambio para la cosmovisión ancestral la tierra y el territorio constituyen un ser vivo, así como de los humanos, por consiguiente entre tanto exista la buena salud de vida de la tierra es posible la existencia del ser humanos y los otros seres.

Por otra parte para la cosmovisión ancestral de los derechos de la madre tierra o casa grande o loma santa o tierra sin mal, la tierra no es objeto de dominación, de propiedad privada ni mercancía. Es decir para los occidentales y coloniales la tierra es una cosa y objeto. Esta concepción la llevó a una peligrosa destrucción provocada por el sistema capitalista-colonialista dentro de una visión antropocentrista.

La tierra y territorio para la concepción cosmocéntrica es un sujeto, es un ser vivo, fuente de vida y la vida misma. Por tanto tenemos la ineludible tarea de reconocer sus derechos, estableciendo relaciones de mutuo respeto y de reciprocidad entre la naturaleza y la humanidad que garanticen la continuidad de la historia humana y la defensa de los derechos fundamentales.

Desde la visión indígena, el principio básico de la Ley es el derecho fundamental de la naturaleza, el derecho a la vida de todos los seres que la constituyen.

Todos los seres de la madre naturaleza tienen derecho a la vida y a la salud. El ser humano como parte de la comunidad de la vida es un miembro más que tiene en conciencia la obligación de regirse por normas. Cuando dice Pachamama seré tu hijo, se refiere a su condición de parte de esa comunidad, por la cual se afilia a una crianza que beneficia a todos los seres naturales.

El territorio tiene espíritu, por lo que están las apachetas (cerros y cumbres sagradas). Conversar, ofrendar unas hojas de coca, libar bebida, son expresiones de respeto. La salud propia, sea espiritual como corporal, también depende de la salud de nuestras relaciones con la Madre Tierra, la misma que nos provee de todo tipo de medicinas. Los médicos tienen la obligación de consultar para la recogida de los elementos necesarios, procediendo un pago. Todo esto no es religión, sino tan solo el respeto a la naturaleza, a los demás seres de la naturaleza, a saber compartir con ellos. Naturaleza de la que la Humanidad constituye parte es la Pachamama. Los derechos de la Pachamama son, como parte suya, derechos de la Humanidad.

Actualmente, una de las grandes transformaciones en el lenguaje de derechos, es el introducido a través del reconocimiento de derechos a otros seres vivos además de los seres humanos. Es en este marco en el que se encuentran los derechos de la Madre Tierra (Casa Grande o Loma Santa o Tierra Sin Mal).

A pesar de que la Constitución introduce de forma oficial en el lenguaje político y jurídico la discursividad sobre la Madre Tierra reconociéndola como sagrada en su preámbulo, ésta no reconoce de forma literal los derechos de la Madre Tierra. No obstante, en el párrafo II del artículo 13 se establece que “los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”. Esta cláusula abierta de los derechos permite pensar en derechos en devenir, es decir en derechos que vendrán.

En la normativa boliviana está la Ley de Derechos de la Madre Tierra (Casa Grande o Loma Santa o Tierra Sin Mal). En esta ley, se reconocen los derechos de la Madre Tierra, así como los deberes y obligaciones del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizarlos. Asimismo, reconoce que la Madre Tierra “es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes”. El art. 33 de la Constitución establece que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, y que el ejercicio de este derecho por parte de las personas debe permitir a éstas y a otros seres vivos desarrollarse de manera normal y permanente. Con este postulado la Constitución no tiene una visión antropocéntrica, ya que el artículo exige a las personas ejercer su derecho a un medio ambiente saludable para permitir que exista vida humana en el futuro y también para que otros seres vivos puedan desarrollarse con normalidad.

Otro instrumento que impulsó el proceso de creación de normas referidas a los derechos de la Madre Tierra es el Proyecto de Declaración Universal de Derechos de la Madre Tierra, desarrollado en la Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra. En este documento se establece que la Madre Tierra es un ser vivo, del cual dependen los seres humanos de forma recíproca y que la garantía de los derechos de los mismos necesitan del reconocimiento y defensa de los derechos de la Madre Tierra.

Se debe tener en cuenta que la violación a los derechos de la Madre Tierra genera también una violación a los derechos humanos, principalmente al derecho a la vida. Sin embargo no debe defender los derechos de la naturaleza basándose sólo en una visión antropocéntrica, es decir que la defensa de la naturaleza no debe limitarse a los derechos humanos sino también a la defensa de todos los seres vivos.

Por último la institución debe tomar en cuenta que los derechos humanos y los derechos de la naturaleza no deben estar divorciados, los seres humanos son parte de la naturaleza, no son opuestos, sí se respeta a la naturaleza se está respetando al ser humano y viceversa.

A diferencia de los derechos humanos, los derechos de la Madre Tierra establecidos en la normativa internacional no forman parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo reconociendo el pluralismo jurídico, y considerando la interculturalidad promovida por el Estado Plurinacional de Bolivia, los derechos de la Madre Tierra son derechos que encuentran sustento a través de la promoción de los mismos a lo largo de distintas propuestas que vienen de sectores diversos, entre los cuales destacan los pueblos indígenas.

#### I.4. Consideraciones generales sobre el medio ambiente

Es necesario referirse a la conservación y protección que se realiza al medio ambiente de las naciones y pueblos originarios, en normas supranacionales y nacionales. La Constitución Política del Estado Plurinacional en su preámbulo señala: “En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia...”. Uno de los elementos que caracterizan a la nación y pueblo indígena originario campesino es la territorialidad y su entorno ambiental, y de ahí que las normas internacionales y la propia Constitución Política del Estado, incidan en el reconocimiento de los derechos sobre los territorios que ancestralmente ocupan, así lo desarrolló la SC 2003/2010-R de 25 de octubre, que señala: “El territorio como uno de los criterios para la definición de pueblo indígena. El territorio está íntimamente vinculado a la definición de pueblos indígenas, pues se constituye en un elemento para su caracterización. Dicha definición aunque con una visión integracionista y subordinada, tiene su inicio en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1957 que en su art. 1 sostiene que el Convenio se aplicaría: ‘a) a los miembros de las poblaciones tribal o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen’; posteriormente, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257, en el art. 1 estableció que el Convenio se aplica a ‘b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas’. Añadiendo posteriormente que: ‘2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio’. Por su parte, Martínez Cobo, en el Estudio del problema de la Discriminación contra pueblos indígenas, sostiene que: ‘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 consideran distintos a otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos (...) 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’ (MARTINEZ COBO, José, Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas - Conclusiones, Propuestas y Recomendaciones, Naciones Unidas, 1987, pág. 30). Por otra parte, las organizaciones internacionales y expertos han establecido criterios para la definición de los pueblos indígenas, que han sido resumidos por Irene A. Daes: a) Prioridad en el



tiempo con relación a la ocupación y el uso de un determinado territorio; b) la voluntaria distinción cultural y la necesidad de que la misma se perpetúe (lenguaje, organización social, religión, valores, modos de producción, normas e instituciones); c) Autoidentificación y el reconocimiento de esa identidad propia por parte de las autoridades y de otros grupos; y, d) Experiencia de marginación, exclusión o discriminación, persistan o no dichas condiciones (United Nations Economic and Social Council, Standard-Setting Activities: Evolution of Standards Concerning the Rights of Indigenous People, United Nations, 1996, pág. 22). En Bolivia, inicialmente, en la reforma constitucional de 1994, se utilizaron los términos de pueblos indígenas y comunidades indígenas y campesinas. Actualmente, la Constitución vigente utiliza los siguientes términos como una unidad: “Naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

El art. 8.II de la CPE, declara que el Estado Plurinacional de Bolivia: “...se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social...”. El art. 33 de la Ley Fundamental, proclama que las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El art. 30.II.10, señala como derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos: “A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas”; poniendo así de manifiesto la naturaleza del derecho al medioambiente como un derecho colectivo.

La Constitución Política del Estado Plurinacional, en su art. 410.II, refiere: “...El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país...”; de lo que se infiere que la teoría del bloque de constitucionalidad que surgió en Francia, extendiéndose luego a los países europeos, siendo asimilada en Latinoamérica, plantea 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 tenemos los Convenios Internacionales como ser el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano porque, además de ser un convenio sobre derechos humanos, su objeto es promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas, asumiendo políticas tendientes a evitar la discriminación de los pueblos indígenas y tribales, para que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad “Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes”. El Convenio 169 de la OIT, en su art. 4.1.2, señala: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados”. El art. 7.3, prescribe que: “Los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. El art. 13.2, establece: “La utilización del término ‘tierras’ en los arts. 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. El art. 15.1, determina: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”. Art. 23.1: “La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económico. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar porque se fortalezcan y fomenten dichas actividades.”

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, señalan que a los pueblos indígenas se les reconoce 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; la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena, afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural.

El art. 346 de la CPE, establece que el patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión.

La Declaración de Río de Janeiro de 1992, refiere en su principio 22: “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”. Siendo que la Constitución Política del Estado Plurinacional desarrolla sobre el patrimonio natural e indica en su art. 346: “El patrimonio natural es de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país. Su conservación y aprovechamiento para beneficio de la población será responsabilidad y atribución exclusiva del Estado, y no comprometerá la soberanía sobre los recursos naturales. La ley establecerá los principios y disposiciones para su gestión”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala: “...para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio del 2005)

A lo largo de las Américas, los pueblos indígenas y tribales insisten en que el Estado “les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así no sólo realizar sus actividades tradicionales de subsistencia, sino también preservar su identidad cultural”. (CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 157(c).)

El Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), tiene doble estatus. Es Parque Nacional y Territorio Indígena. La nueva Constitución, otorga a los pueblos indígenas el derecho a su libre determinación y territorialidad, y la titulación colectiva de sus territorios.

Como señalamos durante los años 60 se inicia un proceso de asentamiento de migrantes que se incrementó en los 70 con la apertura de un camino al interior del entonces Parque Nacional Isiboro Sécore, por la zona sur. El asentamiento fue efectuado por grupos campesinos y ex mineros de las zonas altas de Bolivia; sin embargo, a partir de los años 80, con la instauración de las áreas cocaleras y los procesos de relocalización de los trabajadores mineros, se pobló raudamente el sector sur del TIPNIS, lo que ha generado una nueva titulación de la TCO.

Señalamos que el TIPNIS se caracteriza por la alta diversidad de ecosistemas que alberga debido a varios pisos ecológicos que comprende desde las llanuras inundables (180 msnm) del Beni, hasta las serranías del subandino (3.000 msnm). Otro valor destacable es su hidrografía que constituye la principal vía de transporte de la población indígena para su comunicación con el mundo exterior. Según el Servicio Nacional de Áreas Protegidas (SERNAP)[4], en el TIPNIS se pueden distinguir dos áreas climáticas diferenciadas: La región de la llanura caracterizada por una marcada estacionalidad y precipitaciones moderadas, y la región de las serranías subandinas y el pie de monte transicional notablemente per húmeda y con una estacionalidad difusa. En la primera región, las precipitaciones pluviales varían desde los 1.900 mm en la llanura (confluencia de los ríos Isiboro y Sécore), hasta los 3.500 mm en las inmediaciones de Puerto Patiño, en la zona de pie de monte. En la región de serranías subandinas, se estima que las precipitaciones estarían por encima de los 4.000 mm, superando posiblemente en ciertas zonas los 5.000 mm, considerando registros de la localidad vecina de Chipiriri, donde se ha registrado una precipitación anual de 5.174 mm.

En cuanto a vegetación, debido a su ubicación y las gradientes altitudinales que fluctúan entre los 180 y 3.000 msnm, el TIPNIS contiene alta diversidad biológica, incorporando cuatro formaciones vegetales importantes: sabanas inundables, bosque amazónico sub andino, bosque amazónico pre andino, y por ultimo yungas.

Hidrográficamente, el TIPNIS se encuentra en la cuenca del Amazonas, en la subcuenca del Mamoré. Los ríos principales en el área protegida, son el río Isiboro al este y sur, el Sécore hacia el norte y este y el río Ichoa en la región central. El río Isiboro es el más importante del TIPNIS, por su caudal, dimensión y el ancho del cauce. Nace en la cordillera de Mosevenes y serranía de Moletto. El río Sécore nace en la cordillera de Mosevenes y la serranía de Eva Eva, entre los 900 y 2.000 msnm.

En el TIPNIS se encuentran más de 170 grandes y pequeñas lagunas, siendo las más grandes la Laguna Bolivia (16 km<sup>2</sup> de superficie), la Laguna San Francisco (11 km<sup>2</sup> de superficie) y otras. El 62% de la superficie del TIPNIS corresponde a la Llanura Aluvial Beniana, mientras que el 8% es pie de monte y el 29% son serranías.

La fisiografía del TIPNIS, varía de los 3.000 msnm de la divisoria de aguas de las serranías sub andinas o la curva de nivel superior de la Serranía de Mosetenes, a los 180 msnm de la llanura aluvial en la confluencia de los ríos Isiboro y Sécure. Entre ambos se sitúa la faja pie de montaña con colinas y ondulaciones que varían de los 600 a los 300 msnm.

#### I.5. Algunas nociones generales sobre la intangibilidad

En cuanto a lo que debe entenderse por intangible, que de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: Que no debe o no puede tocarse, figurando como sinónimos del vocablo: intocable, impalpable, incorpóreo, inmaterial, invisible, espiritual, etéreo, sutil; de donde el término “intangible”, denota un ente que no tiene contenido físico, que pertenece al espíritu y no al mundo físico, que no se puede percibir por los sentidos, entidad desprovista de materia, no material. En su uso extensivo, esta palabra se utiliza para expresar a aquéllo que merece extraordinario respeto y que no puede y no debe estar alterado o dañado.

Los términos tangible e intangible están estrechamente ligados al concepto de patrimonio, por ello se habla de patrimonio tangible e intangible. Patrimonio tangible son todos aquellos bienes que el hombre como ser social y cultural construye al modificar su medio natural, que son físicamente apreciables, pues se pueden tocar, ver, ocupan un espacio físico, etc; por ejemplo, una edificación, un monumento, obras de ingeniería y arquitectura; en cambio respecto a los bienes intangibles, lo que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), denomina como “patrimonio cultural inmaterial”, de acuerdo a la definición de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial de octubre de 2003, se entiende 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. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.”

De acuerdo siempre con el texto de dicha Convención, el “patrimonio cultural inmaterial”, se manifiesta en particular en los siguientes ámbitos:

- a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como 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.

En la problemática que nos ocupa, el término “intangibilidad”, asociado a un determinado territorio, supone la imposibilidad de extracción intensiva de recursos y destrucción de su ecosistema, tomándose en cuenta el hábitat natural histórico y ancestral de numerosos pueblos indígenas que forman parte de él. A modo de ejemplificar, tanto en la experiencia ecuatoriana y peruana, ante la inminente destrucción de la Amazonía, desde mediados del siglo pasado, se crearon las primeras áreas protegidas; sin embargo, se obvió el modelo de desarrollo de éstas sobre los territorios de los pueblos originarios, puesto que no se impidió la depredación de ecosistemas, permitiendo al mismo tiempo, facilitar los intereses particulares de las grandes organizaciones de la conservación y al de grupos económicos dominantes.

En ese orden de ideas, se entiende por territorio o zona intangible, a la superficie natural poco alterada, en la que se encuentran ambientes y recursos frágiles, únicos o relevantes y en un buen estado de conservación, mismos que son representativos de la

biodiversidad nativa, cuyos ecosistemas, comunidades y recursos genéticos, deben ser resguardados exclusivamente para el estudio y la investigación científica, sin permitir ningún tipo de uso público, salvo el que involucre el desarrollo humano de sus habitantes, en total armonía con el ecosistema. De modo que se admite una reducida intervención por la presencia humana o por algún grado de alteración no drástica como consecuencia de alguna acción antrópica, en convivencia armónica entre las actividades productivas del hombre y el mantenimiento de ambientes naturales con sus recursos silvestres.

Por otra parte, cabe resaltar que el término “intangible” es utilizado en nuestra Constitución, en los siguientes artículos:

En los arts. 51.V y 52.IV, para referirse al patrimonio de las organizaciones sindicales y empresariales.

En los arts. 100.II y 101, en relación al deber del Estado de proteger los saberes y conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y las comunidades interculturales y afrobolivianas; así como las manifestaciones del arte y de las industrias populares y los sitios y actividades declarados patrimonio cultural de la humanidad.

En la definición de las competencias del nivel del Estado Central (art. 298.II.25); de los gobiernos departamentales (art. 300.I.19); de los gobiernos municipales (art. 302.I.16); de las autonomías indígena originaria campesinas (art. 304.I.10), relacionados con la promoción de la cultura, conservación del patrimonio cultural, histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, etc.

Asimismo, la intangibilidad no debería interpretarse desde lo lingüístico seco y muerto, porque si así lo fuera, incluido los pueblos indígenas del TIPNIS, no tendrían acceso a su medio natural, a su modo de vida, porque afectaría a la vida misma de las personas que viven en el lugar. Lo intangible se debe interpretar, desde la concepción de una cualidad “única” y “especial”, porque es una zona exclusivamente “única” dentro de muchas zonas geográficas, que corren el peligro de extinguirse o erosionarse. Además, si en él existen naciones y pueblos indígenas, “que tienen su propia concepción de mundo, chocan dos cosmovisiones distintas, el del occidente y el ancestral; la lógica del capital-extractivista y ‘desarrollista’, y la otra lógica de orden comunitario” integral de vida “natural”. Para demostrar que lo “bueno” puede ser “malo”, para ambas lógicas, el legislador necesita pensar en ambos polos, por el carácter plurinacional del Estado, ya que lo plurinacional se sustenta a partir de las naciones y pueblos ancestrales y éstas son como tales por sus propias civilizaciones, antagónicas al occidente. De manera que, no se puede legislar ni interpretar el “desarrollo” desde la lógica kantiana (desde el lenguaje muerto o seco), en el que el hombre es el “centro” del universo, mientras que los otros seres vivos y madre naturaleza con todos sus integrantes, son simples recursos y objetos de satisfacción de las necesidades del hombre. Por lo tanto, en la forma de concepción y la lógica de los indígenas, desde su cosmovisión, lo intangible para ellos es aquello que el “ajeno”, el “intruso”, el “forastero” o el “otro” no puede “tocar” (talar árboles, cazar, pescar, etc.). Porque podría alterar su “orden natural”, su biodiversidad y su medio ambiente. Ahora bien, ¿cuándo se altera ese orden natural? cuando de por medio es contaminado por el modelo desarrollista extractivista, cuando se modifica y se destruye ese “orden”, por ejemplo explorando petróleo, desviando el curso natural y contaminando los ríos y comercializando la fauna silvestre sin sostenibilidad.

En suma, la intangibilidad tiene su alcance y su límite a la vez; porque dentro de la zona intangible, el desarrollo a la forma occidental, es regresión. Pero como observamos que existe una sesgada interpretación que se ha dado al término “intangible”, incorporado también en la referida consulta gubernamental, es oportuno señalar que el TIPNIS es tanto patrimonio tangible como intangible a la vez. El patrimonio tangible está constituido por la flora, la fauna y todos los recursos naturales que alberga, todos tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas para su sobrevivencia en el marco de su cultura.

El patrimonio intangible refiere a la lengua, formas de enfrentar la vida, religión, percepciones valorativas, expresiones artísticas, saberes ancestrales, en fin, su cosmovisión vista como un todo. Dicho en otras palabras, la intangibilidad implica toda manifestación comprensible solo a través del universo simbólico creado por la cultura, algo que no se puede tocar o palpar.

Ambos patrimonios deben ser protegidos de agresiones foráneas como la pretendida construcción de la carretera, cuyas consecuencias serían devastadoras

## I.6. Consideraciones generales sobre el vivir bien

Para comprender este paradigma, del “vivir bien”, se debe establecer un punto de partida, es decir de los procesos constitutivos de un hito en un espacio y tiempo, que la misma le concede el carácter de lo “particular” y “único”, que no es comparable con el “otro”. En este sentido, el punto de partida es la “civilización no occidental” de las naciones indígenas originarios y campesinos, la misma (como es de cualidad “única”) es totalmente antagónica a la civilización occidental y a cualquier otra civilización. Porque antes de ser un principio básico de los pueblos indígenas, es una “lógica”, es una forma o manera de “pensar”, “sentir”, “ver” y “decir”, todo ello en relación al mundo. En consecuencia, haciendo una comparación, entre la civilización occidental y la amerindia, se constatan las siguientes diferencias:

## OCCIDENTE

### PUEBLOS INDIGENAS O AMERINDIA

Universo

Pluriverso

Individualismo – eje central es el hombre

Comunitario -integral

Colectivismo extremo – eje central es el hombre

Comunitario-integral

Verticalidad

Horizontalidad-equilibrio

Jerarquía-Competencia

circular y rotatividad

Unidimensional

multidimensional

Machismo

Par- Chacha-warmi

Homogenizador

Diversidad

Dinero

Vida

Acumulación del excedente

Distribución del excedente

Derecho – propiedad privada

Derecho interrelación social-natural

Elaboración propia en función de los datos de Huancuni M., Fernando. Vivir bien/Buen vivir.

Como se habrá advertido, ambas civilizaciones tienen lógicas diferentes de ver el mundo y desarrollarse.

En otros términos, es todo un sistema de vida. Así, el vivir bien tiene varias acepciones: “vivir en paz”, “vivir a gusto”, “convivir bien”, “llevar una vida dulce” o “criar la vida del mundo con cariño”, la vida tendría un sentido más pleno desde el punto de vista biológico, humana, espiritual y su disfrute estaría asociado a la actividad creativa, recreativa, que fluye del intercambio con la comunidad, paradigmas opuestos dicotómicos, no intercambiables que permite pasar a una coexistencia interactiva y dinámica y crear abundancia donde todos vivan bien, en aplicación de la reciprocidad e intercambio para construir ecología, familia, humanidad en convivencia con la naturaleza, sin depredar a la misma, por ser esta parte de su vida misma (Ivonne Farah H. y Luciano Vasapollo “Vivir bien, paradigma no capitalista”).

Dado que según la cosmovisión de los pueblos indígenas, éstos se conducen por la defensa de la vida, porque la vida es la que está en peligro. Para los pueblos indígenas la tierra no es un espacio sin vida, es un territorio integral, con su propia estructura organizacional, pensamiento espiritualidad, economía, cultura; ahí se vive y se convive con la naturaleza, se tiene organización con autoridad, idioma, cultura y conocimientos propios.

Puesto que, la cultura occidental colonizó física y mentalmente a los pueblos indígenas, con una filosofía antropocéntrica, eurocéntrica, individualista, militarista, racista, vertical, acumuladora, depredadora, imponiendo un pensamiento mono cultural, que se refleja en un solo Dios, un sólo Estado, un sólo símbolo, una sola ley y pone como el centro al ser humano, desconociendo que todos somos partes de la madre tierra (Huanacuni M. Fernando, “Vivir Bien/Buen Vivir”).

La Constitución Política del Estado, asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural, el suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble) entre otros. En ese contexto, la cuestión de los habitantes ubicados en el Territorio Indígena y Parque Nacional “Isiboro Sécuré” (TIPNIS), amerita su consideración en aplicación del mandato de la norma suprema del Estado Plurinacional, para que ninguno de los miembros asentados en dicho territorio, sufra el aislamiento y la desatención por parte del Estado en la implementación de los servicios básicos.

Asimismo, se debe considerar el “derecho al desarrollo cósmico natural” como guía de la actuación del Estado enmarcado en el principio del Vivir Bien, donde los indígenas a otrora totalmente marginados y excluidos, tengan también el derecho a una vida digna, noble, sin atentar contra su habitud natural, respetando sus costumbres, forma de vida, su lengua y otras formas de expresión cultural de cada pueblo, desterrando la discriminación, el racismo, la marginación, el pensamiento de ser considerado inferior, inculto, incapaz, lo que no condice con el vivir bien.

No tendría mucho sentido la formulación del vivir o convivir bien solamente en la Norma Suprema y cometer los mismos errores que los gobiernos colonialistas en el pasado; no hay que olvidar, que hasta hace pocos años existía un “apartheid” institucionalizado que segregaba a las mayorías de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de los poderes del Estado republicano, aplicando políticas atentatorias a su cosmovisión.

En el contexto de las distintas propuestas que se han hecho históricamente para mejorar las condiciones de los pueblos indígenas, lo que ahora puede leerse sobre el Vivir Bien, resulta notablemente aplicable en el caso que nos ocupa, reconociendo íntegramente los derechos humanos indígenas. De todos modos, lo más importante en la cosmovisión del vivir bien, no es el contenido teórico y subjetivo, importa la aplicación objetiva, con el consentimiento de los propios hermanos indígenas originarios campesinos históricamente marginados.

Bajo el principio del vivir o convivir bien, es importante erradicar la marginación, reparar la destrucción realizada por invasores criollos y mestizos, quienes desde su visión del mundo, ahora pretenden colaborar con la solución de los problemas creados por aquellos. Sin percatarse que la solución, sólo puede ser dada por los propios interesados, que en este caso son los habitantes de las naciones y pueblos del TIPNIS.

El hecho que los pueblos indígenas hayan encontrado su camino para aparecer en los últimos acontecimientos, puede ser una ocasión para repensar el desarrollo natural, desde la vivencia de los mismos, conscientes de que deben ser protagonistas de su propia historia, no sólo diseñar políticas desde el Gobierno Central, sino desde la comprensión y propuesta de los propios marginados, excluidos, incluso abandonados en sus derechos elementales.

El convivir bien conlleva la dimensión espiritual, afectiva y social en oposición al paradigma occidental que toma en cuenta principalmente la dimensión material y tangible del desarrollo. En el contexto de las naciones y pueblos indígenas, se trata de una forma de vida natural “vivir bien” basado en la convivencialidad, la complementariedad, la relacionalidad de todo lo que compone la vida, con un enfoque integral y holístico de la vida.

En el marco de este razonamiento, los pueblos indígenas Yuracares, Tsimanis y Mojeños, que son parte de la selva donde su existencia es el gozo que proporciona la recreación cotidiana de la naturaleza, la comunicación con la vida vegetal, animal, sus deidades, cerros, árboles, ríos, existencia que es causa de alegría, satisfacción, vida placentera, al ver el crecimiento de sus plantas que “hace alegrar al monte, a la selva”. Ese sentimiento, no sólo lo comparten los miembros de la comunidad indígena, sino las otras comunidades con la que están interconectados.

El vivir bien para muchas culturas, no es el mundo depredador capitalista que destruye todo, los indígenas no pretenden ni quieren transformar el Mundo, sino amarlo tal como es y todas las especies que existen en la misma.

En la cosmovisión de los pueblos indígena, no se aspira a la perfección sino, la convivencia entre todas las formas de vida natural. Para las naciones y pueblos todo tiene vida y se desea que todo ser viva, incluso aquellos que se presentan como maleza o plagas, pues todos son seres con vida; es decir, seres con los que se dialoga y conversa y todos tienen derecho a vivir. No lleva a violentar el medio natural, no conduce a un trato irrespetuoso de la vida, ni al abuso, maltrato o agotamiento de la tierra, ni a la sobreexplotación de su fertilidad y riqueza. Por ello, desde la perspectiva indígena, el hombre es parte de la naturaleza.

En el paradigma civilizatorio del occidente se concibe sobre el desarrollo y sus efectos como: El desarrollo genera capital de basura, el desarrollo lleva al ecocidio, el desarrollo busca la uniformización y robotización, el desarrollo es una nueva forma de neocolonialismo, el desarrollo de unos es el subdesarrollo de otros, el desarrollo es el esclavismo moderno, el desarrollo genera cantidad y degenera la calidad de vida, el desarrollo tiende a la concentración, el desarrollo crea ilusión irreal, el desarrollo conduce al extremismo, el desarrollo hace más ricos a los ricos, el desarrollo no conduce a la armonía y a la estabilidad. El paradigma occidental significa el progreso ilimitado, el consumo inconsciente, incita a la acumulación material e incide a la competencia. El paradigma occidental colonial promueve que ganar no lo es todo, es lo único, es así que ha generado una sociedad desigual, desequilibrada, depredadora, consumista, individualista, insensibilizada, antropocéntrica y antinatural. Ante las consecuencias que genera el desarrollo es importante ser equilibrado entre el ser humano y la madre tierra. Por eso cuando el hombre se aleja de la naturaleza no puede sentir el corazón de la naturaleza y el cosmos. Cuando pensamos en recobrar la naturaleza de forma científica, eso es imposible. La razón por la que hemos destruido la naturaleza es porque lo que hacemos por la naturaleza lo hacemos en nuestro propio beneficio.

#### I.7. El derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

Sobre el particular, rescato y me adhiero a la opinión vertida por el destacado tratadista Bartolomé Clavero, quien sostiene:

El Convenio 169 de la OIT, tiene avances de trascendencia de derecho internacional. La primera, la de denominar pueblos a los pueblos indígenas, algo a lo que todo el resto de las Naciones Unidas se resistía y seguiría resistiéndose durante bastante tiempo.

Pueblo es una palabra relevante en el derecho internacional. Identifica ante todo al sujeto colectivo del derecho a la libre determinación política, económica, social y cultural: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales (...)”, así se sienta en los artículos primeros de las dos normas principales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Es comprensible en el planteamiento del derecho internacional, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, éstos se proclaman para que los Estados los asuman y garanticen. Cuando la Declaración se adoptó, en 1948, el colonialismo todavía campeaba, con lo que abundaban los pueblos sometidos a Estados nada dispuestos a respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a los mismos, a los pueblos colonizados. Cuando se adoptan los Pactos Internacionales, la descolonización avanza, habiendo asumido su impulso las propias Naciones Unidas desde 1960. De aquí viene la formulación del derecho de los pueblos a la libre determinación como principio fundamental del orden internacional. En el ámbito de las Naciones Unidas identificar a un grupo como pueblo o a un conjunto de grupos como pueblos implicaba su reconocimiento como sujeto del derecho a la libre determinación, lo que, manteniéndose así todavía solapadamente un segmento del colonialismo, el derecho internacional se negaba a reconocer a los pueblos indígenas. Se les identificaba con todo tipo de epítetos (poblaciones, grupos o comunidades; asuntos, cuestiones o problemas...), con cualquiera salvo con el de pueblos.

¿Por qué entonces, en 1989, se le permite a la Organización Internacional del Trabajo identificar a los pueblos indígenas como pueblos? Porque la denominación se vaciaba de contenido: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Así se dispone en el artículo primero del Convenio 169, con lo cual lo que se está puntualizando es que los grupos indígenas podrán identificarse justamente como pueblos, pero que en su caso la denominación no puede conllevar el derecho a la libre determinación proclamado en el derecho internacional de los derechos humanos como premisa o requisito para su garantía. En las Naciones Unidas, el organismo competente para el reconocimiento de ese derecho es un comité intergubernamental que excluye la posibilidad de adjudicarlo a población, por indígena que fuere, radicada en el interior de fronteras estatales. La Organización Internacional del Trabajo no tiene la competencia para ese reconocimiento. Estaba obligada a hacer esa puntualización.

Si el Convenio 169 se hubiera reducido a lo visto, a conceder la denominación y denegar el derecho, se habría tratado indudablemente de una broma de mal gusto. No lo es porque el Convenio se dedica a reconocer derechos de los pueblos indígenas en cuanto que derechos colectivos para aspectos además tan cruciales como el derecho al territorio propio, lo que realmente desbordaba el derecho internacional de los derechos humanos del momento. El planteamiento referido a la confianza en los Estados a efecto de garantía se había mantenido incluso cuando se llegó al reconocimiento de derechos de las minorías: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Así establece el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, recalando que, incluso en el caso de ejercicio colectivo de derechos humanos, la titularidad es individual y el garante es el Estado. Una vez que los pueblos indígenas se reconocen como titulares, en cuanto que tales pueblos, de derechos y que entre estos derechos no se comprende el de libre determinación que les permitiría convertirse en garantes de los derechos tanto colectivos como individuales, ¿iban a quedar confiados, en los mismos términos que las minorías, a los Estados, a unos Estados que les venían manteniendo, por decirlo suavemente, oprimidos?

Aquí entra en juego la consulta, la consulta con las “instituciones representativas” de “los pueblos indígenas” tal y como la contempla el Convenio 169 en su artículo sexto, de una forma que así implica la necesidad de autonomía, de un derecho a constituirlos, para que la propia consulta pueda operar. Es con las instituciones que tienen o que deben tener los pueblos indígenas con las que ha de plantearse la consulta respecto a toda medida del Estado que les alcance o afecte directamente “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, esto es con el objetivo de que la voz y el voto indígenas tengan un valor, si no equivalente, al menos similar al del supuesto denegado de reconocimiento de derecho a la libre determinación.

El mismo Convenio, aun sin hablar nunca expresamente de autonomía indígena, contempla la obligación del Estado de “establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”, esto es la obligación no sólo de admitir, sino también de dotar de recursos a las autonomías indígenas (todo esto en art. 6). El pueblo indígena consultado, en ejercicio de la misma, otorga su consentimiento a la propuesta del Estado o entra en un proceso de diálogo a través del que pueda alcanzarse un acuerdo. Puede decirse que la consulta, con la base de la autonomía, resulta un mecanismo supletorio de la libre determinación una vez que ésta se deniega.

Si se hubiese reconocido este derecho, la consulta habría holgado. El Convenio 169 la acuña por no confiar a los Estados la garantía primaria de los derechos de los pueblos indígenas. Podrá concurrir, pero con seguridades previas. Mejor garantía resulta por supuesto la propia determinación aunque sea en términos limitados. Lo es en suma la autonomía de los pueblos indígenas.

En 2007, se adopta por las Naciones Unidas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que por fin reconoce su derecho a la libre determinación: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (art. 3). Al mismo tiempo, la Declaración mantiene y refuerza la consulta. ¿Cómo puede ser? Si fuera cierto lo que acaba de deducirse respecto a la consulta como mecanismo supletorio de la libre determinación, ¿cómo es que sigue considerándose necesaria e incluso que se le refuerce? ¿No resulta superflua una vez que se reconoce el derecho a la libre determinación con cuya práctica ya serían los pueblos indígenas, y no las normas internacionales, quienes determinasen el grado y las formas de sus relaciones con los Estados? Como en el caso del Convenio, la respuesta está en lo que dice a continuación la propia norma.



“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (art. 4). No se dice que los pueblos indígenas tengan la opción de ejercer la libre determinación a través de la autonomía, sino que deben hacerlo si quieren autodeterminarse. No tienen otra vía para garantizarse a sí mismos sus derechos como pueblos y los derechos de sus individuos. Siguen sin tenerla. Por esto ha de seguir siendo clave la consulta y por esto la Declaración la refuerza. En todo caso hay novedades de no poca importancia.

En virtud del reconocimiento del derecho a la libre determinación, la autonomía o autogobierno que el Convenio sólo contemplaba algo así como entre líneas viene ahora a primer plano y la consulta se perfila en términos de resaltar la necesidad del consentimiento indígena, de un “consentimiento libre, previo e informado” como, con toda intención, lo califica la Declaración (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32), de un consentimiento prestado o un acuerdo alcanzado con garantías de plena libertad, completa información, en momento previo a cualquier decisión susceptible de afectar al pueblo o pueblos del caso y de modo así preclusivo de toda actuación que la parte indígena pudiera considerar lesiva.

Anteponer el derecho a la autonomía tiene el efecto de reducir el radio de la práctica de la consulta. Si el pueblo indígena se pronuncia por no aceptar la consulta que le propone el Estado, ésta no procede. La consulta es un derecho, no una obligación, para los pueblos indígenas. Es garantía de derechos, no trámite de cortesía. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena con el argumento de que para él sí que constituye un deber. No lo es si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no prestará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzarse un acuerdo. La consulta ahora complementa a la autonomía, no la sustituye ni siquiera en los casos en los que no esté organizada la autonomía indígena. Constituirla es lo que procede entonces, dejándose en suspenso cualquier proyecto de consulta hasta que el pueblo indígena esté en condiciones de tomarla en consideración debidamente, esto mediante la reconstitución y capacitación para el ejercicio de la libre determinación en términos de autonomía o autogobierno.

Por igual razón y del mismo modo, el pueblo indígena puede practicar la consulta respecto a la propuesta del Estado sin la participación de éste, por sí mismo. Esta práctica que está calificándose de autoconsulta puede resultar especialmente relevante en el caso usual de que sea el Estado quien no se plantee la consulta por obviar la voz y el voto indígenas. Cabe también que la consulta se realice por iniciativa indígena. No se olvide que aceptación o proposición y conducción de consulta es manifestación de la libre determinación, igual que la autonomía. En todo caso, la autoconsulta no se reduce a suplir a la consulta en el caso de que el Estado no la convoque. Nada de esto se encuentra expresamente previsto por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero son consecuencias lógicas de su justo entendimiento de tales derechos, de todos ellos, como manifestaciones de la libre determinación y de colocación de la autonomía en primer término una vez que al ejercicio de la misma autodeterminación sólo se admite en dichos términos de autonomía o autogobierno en el seno del Estado.

En este nuevo escenario resulta también consecuente que el consentimiento indígena, sea ya el que se presta a la propuesta del Estado, ya el que se alcanza mediante acuerdo tras un proceso de diálogo, aparezca más claramente como regla, no como excepción. Tanto el Convenio como la Declaración, y en mayor medida esta segunda, contemplan casos en los que el consentimiento es necesario, casos como el de desplazamiento forzoso, el de almacenamiento o eliminación de materiales tóxicos o incluso el de proyectos de desarrollo que afecten a territorios y recursos indígenas. De esto se ha deducido algo problemático, por no decir “abusivo”, por parte de una doctrina que se está imponiendo con el abierto respaldo de instancias de las Naciones Unidas. Se arguye que, si hay casos en los que se especifica la necesidad de consentimiento o acuerdo, es porque en todo el resto el mismo no es necesario. De no prestarse, se dictamina entonces, el Estado no estaría obligado a respetar la decisión indígena. Tendría abierto el camino para adoptar unilateralmente sus decisiones justificándose y compensando si fuere necesario. Nada de esto figura tampoco en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero es el caso que ni siquiera responde a su lógica. No tiene más sustento que el de la manipulación doctrinal.

Obsérvese la siguiente disposición de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado” (art. 29.1). Si cualquier afectación a territorios o recursos indígenas sin su debido consentimiento da lugar a responsabilidad del Estado, es que el consentimiento indígena es necesario para cualquier afectación legítima de territorios o recursos indígenas. Aparte de que haya casos en los que se recalque la necesidad, esa es la lógica que atraviesa no sólo la Declaración, sino también, aunque menos francamente, más entre líneas, en el Convenio. Ciertamente es que la misma Declaración tampoco formula la necesidad del consentimiento de forma directa y nítida, pero ahí está bien asumida incluso de forma reiterada: “Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos

indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres” (art. 11.2).

El derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas está siendo en efecto objeto de una tergiversación sistemática que comienza siempre por ignorar la lógica que lo inspira y que concluye a menudo proyectando sobre el mismo la sombra oscura de prejuicios, no vamos a decir que racistas, contra dichos pueblos. Se interpretan el Convenio y la Declaración como si fueran normas meramente reglamentistas, sin mayor alcance que el de la regulación de cortos vuelos a primera vista, sin la trascendencia del reconocimiento de los pueblos. Se opera desde los supuestos de que existen unos intereses generales que pueden prevalecer sobre derechos indígenas, de que el consentimiento sólo es exigible en los casos expresamente reconocidos por los instrumentos internacionales y que éstos son aplicables sin mayor esfuerzo por sustentarlos y elaborarlos conforme a sus motivos y a sus objetivos. Suele agregarse un lenguaje que no se basa en las normas, sino en los prejuicios, como de derecho de veto, para denegarlo, y de capacidad de vincular al Estado, para igualmente rechazarla. Así, con todo esto, es como se neutraliza el espíritu y se velan los principios del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Así, con todo ello, es como se cancela el derecho a la libre determinación y su exigencia de autonomía como marco de la consulta.

Todas esas doctrinas que se superponen a las normas no suelen tomar en cuenta un supuesto que les podría dejar en evidencia, el de los pueblos en aislamiento voluntario. No se hace mención del mismo en las normas internacionales de derechos de los pueblos indígenas. Lo ignoran tanto el Convenio como la Declaración.

Recientemente, en febrero de este año 2012, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha publicando unas Directrices de Protección para los Pueblos Indígenas y en Contacto Inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay. La directriz principal es la de que se conozca y respete el derecho a la libre determinación de esos pueblos y por ende su voluntad de mantenerse en aislamiento, lo que ante todo significa que el Estado debe abstenerse de introducir en sus territorios e impedir que otros se introduzcan.

La Constitución Bolivia sobre el particular señala: “Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan” (art. 31.II). Como en otras cuestiones, cual la del derecho al agua, el derecho internacional ha avanzado gracias a estas Constituciones.

Por lo dicho de que deja en evidencia a la doctrina que se empeña en que la necesidad de consentimiento no es regla, sino sólo excepción, aplicándose tan sólo a asuntos determinados. He ahí un supuesto en el que el llamado derecho de veto por pueblos indígenas opera con carácter de lo más general precisamente por aplicarse la regla del libre consentimiento indígena. El caso desautoriza las lecturas usuales de Convenio y Declaración tan a pié de letra que ignora su lógica, la lógica que en cambio se aplica en las Directrices sobre pueblos en aislamiento voluntario. Apropiadamente, las mismas no utilizan la expresión de derecho de veto. Sigamos el ejemplo. Aunque esté en uso tanto entre detractores como también a continuación, incautamente, entre defensores de la libre determinación indígena, mejor será que evitemos un lenguaje tan ajeno a las normas como prejuicioso o capaz de reavivar prejuicios. La libre determinación no merece que se le llame derecho de veto.

En Bolivia, la nueva Constitución, la que le constituye como Estado Plurinacional respondiendo a la lógica que acabamos de contemplar en el actual derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución boliviana aporta ante todo un par de palabras, una un tanto nueva, la ya dicha de plurinacional, y otra no tan nueva, la de descolonización. Plurinacionalidad es la cifra constitucional de las novedades jurídicas internacionales que acabamos de contemplar. Trae a primera vista todo su alcance de reconocimiento del derecho de los pueblos. Extrae la consecuencia de que el Estado se compone de una pluralidad de naciones, de una diversidad de pueblos con derecho a la libre determinación mediante el ejercicio del autogobierno. Hace el intento de articular tan plurinacionalidad.

La segunda palabra es la menos nueva de descolonización. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia pone de relieve de los pueblos indígenas es un asunto de descolonización y que ésta, la descolonización, es absolutamente necesaria para que todas y todos, personas y pueblos, puedan gozar de los respectivos derechos: “Son fines y funciones esenciales del Estado (...) Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales” (art. 9.1). Se trata de que la denegación de derechos de los pueblos indígenas es puro colonialismo y de que la descolonización ha de alcanzarse mediante el reconocimiento y reconstitución efectivo de tales derechos.

El derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas se reconoce como la vía para la descolonización todavía pendiente, privándose así de la fuerza que ese reconocimiento prestaría. La Constitución del Estado Plurinacional se dota de esa energía al realizar la conexión entre derechos de los pueblos indígenas y cancelación definitiva del colonialismo. Naciones Unidas la concibió cuando en 1960 adoptó una política de descolonización, pero de una descolonización que, por su reducción a colonialismo dicho extranjero, no se extendía al caso de los pueblos indígenas: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales” (Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, art. 1). La conexión está en todo caso ante la vista: el artículo tercero de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contiene el mismo pronunciamiento que los primeros artículos, idénticos entre sí como sabemos, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y que el artículo segundo de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Ahora todos los pueblos pueden ser todos los pueblos.

En este contexto se sitúa lógicamente en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia el derecho de los pueblos indígenas tanto a la autonomía como a la consulta. Así figura el segundo: “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 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” (art. 30.15).

No es la única ocasión de referencia de la Constitución a la consulta. He aquí la segunda: “La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios” (art. 352).

El derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas es derecho constitucional en Bolivia, pudiendo incluso prevalecer sobre la Constitución: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta” (art. 256.I). Obsérvese bien. No sólo es derecho constitucional el cuerpo de tratados de derechos humanos ratificados por Bolivia, sino también otros instrumentos, como las declaraciones, a los que el Estado se haya adherido. Bolivia votó positivamente la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Asamblea General de las Naciones Unidas y la incorporó a continuación a su ordenamiento jurídico “con rango de ley”. Si la Declaración resulta más favorable a los pueblos indígenas que la Constitución, prevalece sobre ella según ella misma.

De nuestra parte sobre el particular partiremos reiterando que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, proclama el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, en los siguientes artículos:

#### “Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

#### Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.”

Asimismo el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígena y Tribales, en su art. 7.1., señala respecto al ejercicio del derecho a la libre determinación:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

Sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, es rescatable el criterio sostenido en cuanto a que en virtud a este derecho inalienable, los pueblos colonizados y dependientes adquieren la potestad para determinar libremente en su condición política, proseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural y disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. En substancia, se trata de un requisito básico para el goce efectivo de cualquier otro derecho y libertad fundamental (A. LAZAR, La Lucha indígena por el derecho a la libre determinación).

La libre determinación expresa el derecho fundamental de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de definir la organización de su existencia, expresa la importancia fundamental de dichos pueblos de determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural; en el texto constitucional se expresa en el derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (CHIVI Idón, CARDENAS Félix, DELGADO Rebeca, PINTO Juan Carlos, Nueva Constitución Política del Estado, Conceptos fundamentales para su desarrollo normativo).

Desde el Preámbulo mismo de la Constitución Política del Estado, se destaca el reto histórico de que en la construcción colectiva del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, se debe avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz y armonía comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos; por ello el art. 2 de la Norma Suprema, garantiza la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a la Constitución y la ley. Además, en el art. 30.II.4 se establece la libre determinación como derecho fundamental de estas naciones y pueblos, lo que se hace patente especialmente, en el reconocimiento de las autonomías indígena originaria campesinas, como forma de autogobierno dentro de la organización territorial del Estado (art. 289 de la CPE).

#### I.8. El derecho a la consulta a las naciones y pueblos indígena originario campesinos

Conforme señalado anteriormente, el derecho a la consulta, como instrumento a través del cual las naciones y pueblos indígenas participan de la toma de decisiones o el ejercicio de sus derechos sobre cuestiones que les pudiesen afectar con motivo de la formulación y ejecución de planes y programas de desarrollo, o sobre inversiones, exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, se constituye a su vez para el Estado, en un deber; surgiendo así, nuevos términos de relacionamiento entre el Estado y las naciones y pueblos indígenas y, al mismo tiempo, en un mecanismo de ejercicio de la democracia comunitaria y participativa y principio de gobernar obedeciendo al pueblo. La consulta debe ser de buena fe, legítima, libre, apropiada a las circunstancias, suficientemente informada y concertada, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o en su caso, obtener el consentimiento respecto de las cuestiones consultadas, toda vez que se pretendan adoptar medidas legislativas o administrativas, susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, evitando así la lesión de sus derechos e intereses producto de la acción del Estado en la gestión de sus proyectos y/o programas de desarrollo. Al respecto, la SC 2003/2010-R de 25 de octubre, del extinto Tribunal Constitucional, estableció:

“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 (arts. 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 CPE); b. Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (art. 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 (arts. 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 30.15 y 403 de la CPE); y, d. Antes de utilizar

las tierras o territorios indígenas para actividades militares (art. 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 se constituye en 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 (arts. 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 (art. 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 v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando ‘(...) 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.

(...)

Conforme a lo anotado, para implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, 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.”

Según se adelantó, el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, nace fundamentalmente del derecho internacional de los derechos humanos, cuyo hito queda marcado con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991, que en su art. 6.1 establece: “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”.

Asimismo, el art. 6.2 del Convenio señala: “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.”

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ratificado a través de la Ley 3760 del 07 de noviembre de 2007, en su art. 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”.

De igual manera, el art. 32 de dicha Declaración, señala:

“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”.

Ahora bien, dichas normas del derecho internacional de los derechos humanos, precedentemente citadas, de acuerdo a lo establecido por el art. 410.II de la CPE forman parte del Bloque de Constitucionalidad, al haber sido ratificadas por Bolivia, expresando de esta manera su compromiso por la promoción y protección de los derechos de los indígenas, por lo tanto, tienen rango de supraconstitucional y son de aplicación directa.

Es decir que, la jerarquía supraconstitucional que la Norma Suprema otorga a los tratados internacionales ratificados por el Estado Plurinacional de Bolivia proporciona mayores garantías y protección a los derechos fundamentales, en relación a las normas contenidas en la Constitución (artículos 13 y 256). Vale decir que en esos casos prevalece la norma internacional sobre la constitución boliviana privilegiando su aplicación incluso más allá de la voluntad del propio legislador.

Son múltiples los tratados que en materia de Derechos Humanos ha ratificado el Estado boliviano, unos de protección genérica, otros amparan a ciertos grupos vulnerables y otros establecen mecanismos administrativos y jurisdiccionales conducentes a sancionar las violaciones a los derechos humanos.

En el segundo grupo están el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ambos protegen los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas. En ese objetivo, la norma internacional asigna a los Estados la obligación de asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de los derechos individuales y colectivos a favor de los pueblos indígenas, respetando sus cosmovisiones, costumbres, tradiciones, sistemas de tenencia y uso de la tierra y territorio. Además faculta a los pueblos indígenas en el marco de su autogobierno y autonomía a determinar las prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo, participando en la elaboración y determinación de los programas económicos, sociales y culturales que les conciernen.

Constitucionalmente los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos deben prevalecer sobre cualquier disposición normativa que coyunturalmente apruebe el Gobierno que afecte o limite los derechos de los pueblos indígenas, como la Ley de Consulta promulgada recientemente.

En nuestro país, el constituyente ha incorporado expresamente el derecho a la consulta en la Constitución de 2009, como derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos en el art. 30.II.15, al señalar: “En el marco de la unidad de Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

(...)

15. 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.”

Asimismo, el art. 352 de la CPE, prescribe:

“La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”.

Sobre el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y, en su caso, la obligación del Estado de obtener su consentimiento, el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante Informe 40/04, Caso 12.053, Fondo, en el caso de las Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice, de 12 de octubre de 2004, en el párr. 142, observa:

(...)

Uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales. Como lo ha observado la Comisión anteriormente, los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados Miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los peticionarios indígenas mantienen intereses en las tierras por las que han poseído tradicionalmente un título y han ocupado y usado, se base en un proceso de consentimiento previamente informado de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Ello exige, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente. En opinión de la Comisión, estos requisitos son igualmente aplicables a las decisiones de los Estados que incidirán en las tierras indígenas y en sus comunidades, como el otorgamiento de concesiones para explotar recursos naturales de los territorios indígenas.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, en la Sentencia del 28 de noviembre de 2007, ha expresado lo siguiente:

“133. [...] la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka 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 (...). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, 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 caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka 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. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

134. Asimismo, la Corte considera que, 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.

135. Al respecto, 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 no 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’.

136. De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.

137. Es más significativo aún mencionar que el Estado reconoció, asimismo, que el 'nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión'. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones."

Asimismo, cabe resaltar el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, presentado el 15º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 19 de julio de 2010, donde sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, se señaló:

"68. La realización continuada de consultas y diálogos con las comunidades interesadas constituye además una vía para fomentar la transparencia a través de la difusión de información y generar el clima de confianza necesario para lograr el eventual apoyo al proyecto y evitar posibles conflictos. Asimismo, la realización de consultas con los pueblos indígenas puede constituir un mecanismo de alerta temprana en relación con posibles impactos negativos o quejas relativos al proyecto y tomar medidas para evitar problemas similares en el futuro.

69. Un mecanismo adecuado para garantizar el respeto por parte de las empresas del derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones relativas a las medidas que les afecten es el establecimiento de espacios institucionalizados, como mesas permanentes de consulta y diálogo, con representación adecuada de los pueblos y comunidades afectadas, las empresas y las autoridades locales, tal y como ha sido recomendado por el Relator Especial en casos de conflictos derivados de proyectos empresariales en territorios indígenas. Estos espacios podrían asociarse además a mecanismos informales de queja que permitan atender las demandas presentadas por las comunidades afectadas".

Por último, siempre sobre esta temática, cabe destacar igualmente lo señalado sobre los Derechos a la Participación, Consulta y el Consentimiento de los pueblos indígenas, en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto a "Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales" de 30 de diciembre de 2009, que entre sus partes más importantes, señala:

"273. Los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios, tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y la tierra y los recursos naturales. Esta es una manifestación concreta de la regla general según la cual el Estado debe garantizar que 'los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos', teniendo en cuenta que esta consulta debe 'estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado', según se dispone en el convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas.

274. El derecho a la consulta, y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos humanos, y en particular se conectan con el derecho a la participación consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana, tal y como fue interpretado por la Corte Interamericana en el caso YATAMA vs. Nicaragua. El artículo 23 reconoce el derecho de '[t]odos los ciudadanos' a 'participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos'. En el contexto de los pueblos indígenas, el derecho a la participación política incluye el derecho a 'participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos... desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización'.



275. Además del derecho a la participación del artículo 23, el derecho a ser consultado es fundamental para el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado tradicionalmente. Para la CIDH, 'uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas, es el requisito de que los Estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales'.

276. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones. El Estado debe respetar, proteger y promover las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas y tribales, por ser éstas un componente intrínseco de la identidad cultural de las personas que conforman tales pueblos. La obligación estatal de desarrollar procesos de consulta respecto de decisiones que afecten al territorio se vincula directamente, así, a la obligación estatal de adoptar medidas especiales para proteger el derecho a la identidad cultural, basado en una forma de vida intrínsecamente ligada al territorio.

277. Cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena: 'los artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente'.

278. Hay múltiples decisiones que se relacionan con los territorios ancestrales y por lo tanto exigen que el Estado consulte a los pueblos indígenas o tribales afectados; dada la multiplicidad de asuntos que pueden afectar directamente a los territorios ancestrales, habrá una igual diversidad de modalidades de aplicación práctica.

(...)

284. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, artículo 6, los Estados deben consultar a los pueblos indígenas 'mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente'. Asimismo, el Convenio clarifica que dichas consultas deberán ser llevadas a cabo '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'. El artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas regula genéricamente el deber de consulta en los siguientes términos: 'Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesadas por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado'.

285. La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben 'propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite de cuantificación de daños'. El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos pro forma. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración".

De lo expuesto precedentemente corresponde realizar una sucinta puntualización de las características básicas por las cuales debe identificarse una consulta. Así, a la luz de la normativa internacional y la Norma Suprema de nuestro Estado, la consulta debe ser: mediante procedimientos apropiados, a través de sus propias instituciones, previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe, concertada, libre, previa, informada.

a) Procedimientos apropiados, implica que la secuencia de los actos para la consecución de una avenencia entre el Estado y los Pueblos Indígenas, deben caracterizarse por ser lo más adecuado posible, en la medida que garantice un resultado conveniente y signifique una absoluta conformidad para ambas partes, de modo que, tanto el estado en su calidad de consultante y los pueblos en

su condición de consultados, arriben a una solución deseada sin discrepancia alguna que pueda figurar un desacuerdo. Lo contrario significaría adoptar un procedimiento que por su propia naturaleza no genere confianza ni seguridad en ambas partes, pues se pretende abordar una conclusión ostensiblemente concertada.

b) Propias instituciones, tomando en consideración que el propósito fundamental de la consulta es el bien social, los mecanismos a adoptarse en la toma de las decisiones al interior de un territorio indígena, debe realizarse por los mismos conductos que habitualmente suelen utilizar para hacer efectiva la decisión de un determinado asunto. Así, la consulta que posteriormente derivará en una decisión- debe realizarse acatando las normas y reglas que cotidianamente llevan a la práctica, de modo que, ello signifique para ambas partes una seguridad y fiabilidad en la concertación o decisión final.

c) Previa obligatoria, inexcusablemente, la consulta debe ser anterior a cualquier determinación que implique una medida administrativa o legislativa posible de afectar los intereses y derechos de los integrantes del territorio indígena. Ahora bien, tomando la definición del diccionario enciclopédico Larousse, se entiende por previo: “que precede o sirve de preparación a algo”. En ese orden, es obligación del Estado efectuar los preparativos apropiados en la medida que genere un clima de absoluta confianza entre ambas partes.

d) De buena fe, en el proceso de consulta, las partes intervinientes deben actuar con la debida lealtad y sinceridad que el caso amerite, sin que de por medio existan prebendas o cualquier conducta inconducente que conlleve a un clima de desconfianza entre las partes. El Tribunal constitucional, a través de la SC 0084/2006, de 20 de octubre, al establecer el entendimiento de la buena fe, expresó el siguiente razonamiento: “(...) el principio de la buena fe es la confianza expresada a los actos y decisiones del Estado y del servidor público, así como a las actuaciones del particular en las relaciones con las autoridades públicas. De manera que aplicado este principio a las relaciones entre las autoridades públicas y los particulares, exige que la actividad pública se realice en un clima de mutua confianza que permita a éstos mantener una razonable certidumbre en torno a lo que hacen, según elementos de juicio obtenidos a partir de decisiones y precedentes emanados de la propia administración, asimismo certeza respecto a las decisiones o resoluciones obtenidas de las autoridades públicas.”. A su turno, la Corte Constitucional de Colombia, a través de la sentencia Constitucional C-544 de 1994 señaló: “La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.”

e) Concertada, el proceso de consulta debe caracterizarse en la medida que las partes intervinientes demuestren su conformidad con cada una de las conclusiones y resultados del proceso, ello debe manifestarse en una aquiescencia absoluta, lo que garantizará, que ninguno de los intervinientes exprese síntomas de desacuerdo con el proceso de consulta.

f) Libre, la consulta debe efectuarse sin ninguna presión o intromisión de las partes, a tal fin, ellas deben despojarse de cualquier interés que comprometa la libertad de decisión que les asiste a los consultados, a cuyo propósito el proceso definitivamente deberá estar exento de cualquier presión sea esta de carácter física, psicológica, que pretenda influir en la decisión final.

#### I.9. Sobre los efectos de la consulta a los pueblos indígena originario campesinos en el sistema constitucional boliviano

Conforme se tiene desarrollado en el Fundamento Jurídico precedente, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia comparadas, la consulta a los pueblos indígenas no tiene necesariamente un efecto vinculante, en cuanto a que el resultado del proceso de consulta no siempre es obligatorio para el Estado, quien puede apartarse del criterio, posición o determinación asumida por los pueblos indígenas consultados, con excepción de tres casos puntuales definidos por el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente, conforme se anota en la SC 2003/2010-R y que tienen que ver fundamentalmente con: 1. Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación (arts. 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas); 2. Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29 de la Declaración); y, 3. Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, en los que la consulta no es suficiente, sino que además se requiere el consentimiento, por lo que los pueblos consultados pueden ejercer inclusive un eventual derecho a veto; a más de lo cual, la opinión de los pueblos indígenas emergente del proceso consulta

quedaría simplemente en ello, una simple opinión, participación o pronunciamiento respecto de lo consultado, que el Estado puede o no asumir, falencia que se pretende salvar sustentado en que el Estado en los casos en que resuelva desoír la posición adoptada por los pueblos indígenas consultados, deba actuar bajo márgenes de “razonabilidad”, evitando la “arbitrariedad” y “respetando los derechos” de las comunidades afectadas. Sin embargo, dado el diseño constitucional del derecho a la consulta de las naciones y pueblos indígena originario campesinos determinados por el Constituyente Boliviano, en atención al modelo de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario que ha sido adoptado, con sus caracteres de soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, fundado en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico; el reconocimiento de la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, su libre determinación en el marco de la unidad del Estado; el suscrito Magistrado, considera que la consulta previa y obligatoria en los moldes establecidos en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, no puede quedar en un mero enunciado de buenos propósitos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, sino que más bien, dada la complejidad de los procesos de consulta, las cuestiones que se debaten, la erogación de recursos y esfuerzos no sólo económicos, la importancia de las decisiones que se adoptan y su incidencia, en muchos casos definitiva, en relación al modo de vida, cultura, tradiciones históricas, los impactos sobre la tierra y territorio, e inclusive su propia existencia, justifican desde la perspectiva constitucional que todo proceso de consulta a los pueblos indígena originario campesinos, que se desarrolle en el marco de los arts. 30.II.15 y 352 de la CPE y sus correspondientes leyes de desarrollo, deben tener siempre un carácter vinculante para el Estado Boliviano, lo que así debió declararse y disponerse en la parte resolutive de la Sentencia objeto de disidencia.

## II. FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA

Analizada la parte resolutive o decisum de la Sentencia que motiva la presente disidencia; este Magistrado considera que las acciones de inconstitucionalidad abstracta planteadas, debieron ser resueltas de la siguiente manera

II.1. Se debió declarar la CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA de los arts. 1.III, 3 y 4 de la Ley 180, hasta la celebración de la consulta a la que se refiere la Ley 222 en el entendimiento establecido en el artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Es necesario que se declare la Constitucionalidad Condicionada, porque el art. 1.III de la Ley 180, se refiere a la intangibilidad del Territorio Indígena y parque Nacional Isiboro- Secure Tipnis, lo que tiene relación directa con los arts. 3 y 4 de la citada Ley. La condición debería tenerse por cumplida, en caso de que el resultado del proceso de consulta ratifique la intangibilidad declarada en la Ley 180, en cuyo caso dicha Ley pasaría a ser plenamente constitucional.

Al aprobar la Ley 180 en su art. 1.III, el legislador declaró la intangibilidad del territorio Indígena y parque nacional Isiboro Secure- TIPNIS, protegiendo este territorio de la depredación de su fauna flora y la conservación de las culturas que habitan dichos territorios reconocidos como “Territorio Indígena” y “Parque Nacional”, prohibiendo además que cualquier carretera pueda atravesar el Territorio Indígena y Parque Nacional, protección que se expresa en los arts. 3 y 4 de la Ley demandada, intangibilidad que empero, será sometida consulta, la cual definirá si se mantiene o no dicha calidad.

II.2. Manifiesto mi conformidad con que se declare CONSTITUCIONAL el art. 1 de la Ley 222, excepto la frase “y establecer el contenido de este proceso y sus procedimientos”, esta parte se debió declarar INCONSTITUCIONAL de manera pura y simple, porque no se observaron los procedimientos y principios que hacen a la consulta previa, conforme al Convenio 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la doctrina y la propia Constitución Política del Estado, que señalan que los pueblos indígena originario campesinos deben ser consultados y que la misma debe ser de buena fe, consensuada, libre e informada antes de adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.

En cuanto al art. 3 de la Ley 222, debe declararse CONSTITUCIONAL siendo que la consulta a los pueblos originarios debe ser consensuada cumpliendo sus propios procedimientos que también debe surgir de un consenso.

II.3. El art. 4 de la Ley 222 debió ser declarado INCONSTITUCIONAL, por cuanto esta disposición establece la finalidad de la consulta, la cual en este caso, está siendo definida unilateral y directamente por el Estado, sin ninguna participación y menos concertación entre éste y los pueblos indígenas afectados; cuando a la luz de la normativa internacional y la Norma Suprema de nuestro Estado, la consulta debe ser mediante procedimientos apropiados, a través de sus propias instituciones, obligatoria, de

buena fe, concertada, libre, previa e informada. Como se vio, el requisito de la concertación se cumple cuando en el proceso de consulta las partes intervinientes demuestran su conformidad con cada una de las conclusiones y resultados del proceso, manifestando una aquiescencia absoluta, lo que garantiza que ninguno de los intervinientes exprese síntomas de desacuerdo con el proceso de consulta.

La concertación entonces, busca que cada una de las partes intervinientes demuestre su absoluta conformidad y consenso con el proceso, que exista plena confianza entre ellas, para que sin ninguna dificultad se cumpla lo acordado. El Estado no puede definir unilateralmente cuál va ser la finalidad de la consulta, los puntos de la misma deben ser consensuados previamente y de ser el caso, someterlos a consulta. La inobservancia de este requisito vulnera lo previsto en el art. 30.II num. 15 de la CPE, en cuanto a que este precepto constitucional señala expresamente que los procesos de consulta a los pueblos indígenas deben ser, entre otros aspectos, concertados. En ese sentido, es con las instituciones de los pueblos indígenas con las que deben plantearse los términos de la consulta, respecto a toda medida del Estado que les afecte directamente con la finalidad de lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, para que la voz y el voto de los indígenas tenga valor, con garantías de plena libertad, completa información y en momento previo a cualquier decisión susceptible de afectarles.

II.4. Se debió declarar la CONSTITUCIONALIDAD del art. 5 de la Ley 222, por cuanto éste define a los sujetos de derecho que serán consultados, señalando a los pueblos indígenas mojeño-trinitarios, chimanes y yuracaré del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore-TIPNIS, así como los idiomas en que se desarrollará el proceso de consulta. Esta disposición posibilita identificar plenamente quiénes serán sujetos de la consulta, evitando cualquier intromisión o interferencia de los que no sean parte de los pueblos afectados, así como la distorsión del proceso, para que el mismo se lleve a cabo en los marcos de la buena fe, lo que indudablemente incidirá en la legitimidad del proceso y sus resultados. Si bien en el proyecto se omite el juicio de constitucionalidad de dicha norma, aduciendo que los accionantes no fundamentaron respecto a las razones por las que consideran que es inconstitucional, dado que de acuerdo a la postura de este Magistrado, algunas normas están siendo declaradas constitucionales y otras inconstitucionales, era necesario ingresar al juicio de constitucionalidad de este artículo y en consecuencia declarar expresamente que el mismo es constitucional.

II.5. El art. 6.I de la Ley 222 debió ser declarado INCONSTITUCIONAL, porque quien debería llevar a cabo el proceso de consulta es el Órgano Electoral Plurinacional, ya que el Órgano Ejecutivo, no puede constituirse en Juez y parte, puesto que la Constitución Política del Estado, como norma suprema del ordenamiento jurídico dispone en el art. 205 num. 2 "La jurisdicción, competencias y atribuciones del Órgano Electoral y de sus diferentes niveles se definen, en esta Constitución y la ley".

Ley 018 del Órgano Electoral Plurinacional de 16 de junio de 2010, en el art. 4.4 dispone como principios, entre otros, la complementariedad, imparcialidad, independencia. El Órgano Electoral Plurinacional asume y promueve la democracia intercultural basada en la complementariedad de la democracia directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa; la democracia representativa, por medio del sufragio universal; y la democracia comunitaria, basada en las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos".

En ese marco legal, el art. 6.2 de la Ley 018 establece como competencia del Órgano Electoral Plurinacional la: "Supervisión de los procesos de consulta previa".

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

Las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa no tienen carácter vinculante, pero deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda".

Respecto a la Observación y Acompañamiento el art. 40 de la referida norma legal establece: "El Órgano Electoral Plurinacional, a través del Servicio Intercultural de Fortalecimiento Democrático (SIFDE), realizará la observación y acompañamiento de los procesos de Consulta Previa, de forma coordinada con las organizaciones e instituciones involucradas. Con este fin, las instancias estatales encargadas de la Consulta Previa informarán, al Órgano Electoral Plurinacional con una anticipación de por lo menos treinta (30) días, sobre el cronograma y procedimiento establecidos para la Consulta".

En mérito a lo expuesto, se puede establecer que el Órgano Electoral Plurinacional conforme a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado, es el competente para realizar la consulta previa, por lo que el art. 6.1 de la Ley 222 debió ser declarado inconstitucional, en respeto al principio de separación de poderes establecido en el art. 12.I de CPE: “El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos.”

II.6. El art. 6 parágrafos II, III y IV de la Ley 222 debieron ser declarados CONSTITUCIONALES en su integridad, sin ningún tipo de condicionamiento, por cuanto de la interpretación de la norma precedentemente apuntada, prevén el marco general sobre la forma en la que se llevará a cabo la consulta previa, libre e informada, así como los órganos encargados de ese proceso, y el marco dentro del cual debe desenvolverse la misma; en ese sentido y tomando en cuenta que la sentencia declaró la constitucionalidad del art. 1 de la Ley 222 en cuanto a “La presente Ley tiene por objeto convocar al proceso de Consulta Previa Libre e Informada a los pueblos indígenas del Territorio Indígena y Parque Nacional Isidoro Sécore – TIPNIS”; resulta incongruente declarar la constitucionalidad condicionada del art. 6, en cuanto a los parágrafos indicados de la referida Ley, sino que igualmente debieron declararse constitucionales, al ser las normas que establecen el marco de desarrollo de la consulta.

II.7. Estamos de acuerdo con que se declare CONSTITUCIONAL el art. 7 de la Ley 222; sin embargo, se debería aclarar que el encargado de llevar a cabo todo el proceso de consulta, sea el Órgano Electoral Plurinacional.

En el marco la doctrina del derecho constitucional, la prevalencia del interés general, la primacía del orden jurídico, sin restringir el ejercicio de los derechos, es constitucional, pues los mecanismos de ejercicio de la democracia participativa y el principio de gobernar obedeciendo al pueblo son muy importantes para la construcción del nuevo Estado Plurinacional Comunitario. Así, a la luz de la normativa internacional y de nuestra Norma Suprema, la consulta debe ser mediante procedimientos apropiados, a través de sus propias instituciones, previa obligatoria, de buena fe, concertada, libre e informada, con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento respecto de las cuestiones consultadas, respetando las decisiones a tomar por las naciones y pueblos indígenas, por lo que corresponde puntualizar que el Estado debe actuar a través de sus organismos legalmente constituidos: Órgano Electoral Plurinacional, respetando los derechos de las comunidades indígena originaria campesinas.

II.8. Se debió declarar INCONSTITUCIONAL el art. 8 de la Ley 222, porque el plazo de la consulta no fue concertado con los pueblos indígenas. Dicho artículo, al señalar el plazo de 120 días a partir de la promulgación de la ley, atenta contra el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, establecido en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante Ley 1257 de 11 de julio de 1991, cuyo art. 6.1 establece: “Al aplicar las disposiciones del Convenio 169, los gobiernos deberán 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”. De forma idéntica “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales” de 30 de diciembre de 2009, coincide, al igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Saramaka v. Surinam, señala que el Estado tiene la obligación de consultar y obtener el consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

II.9. El art. 9 de la Ley 222 debió declararse INCONSTITUCIONAL, porque la definición de las etapas del proceso de consulta debió ser fruto de la concertación con los pueblos indígenas. El art. 6 del Convenio 169 de la OIT, establece con meridiana claridad los marcos sobre los cuales debe desarrollarse el proceso de consulta; es decir, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. En esta misma línea, la citada norma en su inc. b) determina como obligación de los gobiernos instituir los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente; y, finalmente en su numeral 2 señala que la consulta debe buscar un consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En ese sentido, el Estado no tiene las facultades de imponer prototipos o mecanismos prediseñados para las etapas del proceso de consulta; al contrario, en su condición de parte consultante debe adoptar y retomar los componentes y etapas a través de los cuales los pueblos indígenas suelen tomar usualmente sus decisiones, sólo así los resultados de este proceso estarán dotados de mayor seguridad, confiabilidad y certidumbre, ya que en estos procesos, el Estado se encuentra compelido a efectuar la consulta de manera previa, obligatoria, libre, informada, de buena fe y concertada; lo que no significa establecer mediante ley los pasos y las etapas a seguirse en el proceso, pues sólo los destinatarios de la consulta decidirán los mismos de acuerdo a sus intereses y sus propios procedimientos buscando la mayor participación posible.

Establecer mediante ley las etapas para el proceso de consulta, tiende a implantar e imponer un diseño sobre cuyo entorno debe efectuarse el proceso, dicho de otra forma, establecer etapas del proceso de consulta de manera unilateral como lo hace la Ley 222, no tendría sentido sino se respetan los procedimientos propios de los pueblos indígenas para la toma de decisiones, pues ya existiría un modelo preestablecido que debe acatarse. Entonces, partiendo del espíritu de las normas citadas precedentemente, llegamos a la conclusión que las etapas, periodos y fases del proceso de la consulta deben emerger únicamente de la voluntad de los pueblos a ser consultados, lo cual servirá de norma para cada caso en concreto.

En consecuencia, admitir la constitucionalidad condicionada del art. 9 de la Ley 222, significaría obrar en total desmedro del art. 30.II.15 de la CPE, art. 6 del Convenio 169 de la OIT; y, arts. 18 y 19 de la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, por cuanto impone legislativamente una serie de etapas, que no han sido precisamente concertadas con los pueblos, cuando dichos aspectos debieron ser discutidos ampliamente entre las partes, por un lado el Gobierno Plurinacional y por otra los pueblos habitantes de ese territorio. El art. 13.I de la CPE, es categórico cuando dispone que: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

De tal manera que, tomando en cuenta estas prescripciones constitucionales no correspondía declarar en forma condicionada la constitucionalidad del citado artículo, sino más bien directamente declarar su inconstitucionalidad, a fin de dar seguridad jurídica a los pueblos indígenas.

Por otro lado, el art. 8 de la CPE, señala: “El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla (no sean flojo), ama suwa (no seas mentiroso), ama suwa (no seas ladrón), suma qamaña (vivir bien)...”. Declarar la constitucionalidad condicionada significaría para los pueblos indígenas que no se cumple con lo establecido en la Norma Suprema de todos los bolivianos, pues la Constitución actual obliga al Estado Boliviano y fundamentalmente al Gobierno a practicar en sus acciones políticas y jurídicas, los valores de la sociedad plural y precisamente en eso radica la diferencia con los gobiernos neoliberales, que podían afectar impunemente las condiciones de vida de los pueblos y naciones indígenas originarias, debiendo adoptarse más bien una actitud distinta a los gobiernos del pasado neoliberal clásico.

II.10. Si bien los arts. 10 y 11 no fueron demandados, en todo caso en la Sentencia se debió declarar expresamente que el resultado de la consulta debe tener carácter VINCULANTE, pues no se puede tomar la consulta como un mero procedimiento formal; ya que cuando se habla de “derecho a la consulta” prima el espíritu o intencionalidad de derechos y obligaciones entre el Estado y los pueblos indígenas, originario campesinos; donde éstos últimos, a fin de garantizar sus derechos irrenunciables que tienen sobre la madre tierra, sean ellos los que en definitiva determinen el futuro de la misma, los proyectos a realizarse, las obras a ejecutarse, sin que el Estado pueda obrar unilateralmente en la planificación, dirección, ejecución, control y evaluación de los proyectos de desarrollo, pues la participación de los citados pueblos en todas las instancias de decisión se hace necesaria, imprescindible y obligatoria; de ahí que es importante que “LA CONSULTA PREVIA” deba ser efectuada antes de realizar algún proyecto o actividad y, fundamentalmente, antes de celebrar convenios con personas naturales o jurídicas, sean estas nacionales o internacionales.

En ese sentido, por conexitud, se debió también declararse la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 39 último párrafo de la Ley del Régimen Electoral, en cuanto éste establece que las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa no tienen carácter vinculante.

Los pueblos indígenas necesitan ser consultados porque de esa forma se protege y se concreta la identidad y el respeto de las culturas que nuestra Constitución promueve y, ante todo, a la tierra y sus recursos y, por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido un claro marco jurídico para resolver los conflictos que surgen entre los Estados y las comunidades indígenas, estableciendo derechos y obligaciones entre ellos, y uno de ellos, quizá el más fundamental, es la obligación que tiene el Estado de consultar con los pueblos indígenas en materias que afecten sus derechos e intereses consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

II.11. Finalmente, conforme a todo lo precedentemente expuesto, la Sentencia debió exhortar a la Asamblea Legislativa Plurinacional para que en todos los casos en que se deba dictar leyes, susceptibles de afectar los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, se observen los procedimientos de consulta previa, libre, informada, de buena fe y concertada, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones de los consultados, como derecho colectivo

fundamental de las naciones y pueblos indígenas originario prevista en los arts. 30.II.15 y 352 de la CPE, cuyo resultado deberá ser necesariamente vinculante para el Estado Plurinacional de Bolivia.

II.12. Asimismo, se debió disponer la publicación de la Sentencia en los diarios de amplia circulación nacional, en los idiomas respectivos a los tres pueblos representativos que conforman el TIPNIS, sin excluir su traducción a los demás reconocidos por el art. 5.I de la CPE. Igualmente, debió ordenar su amplia difusión en los medios de comunicación existentes en el lugar.

Fdo. Tata Gualberto Cusi Mamani

MAGISTRADO