

**JUSTICIA AMBIENTAL:
CONSTRUCCIÓN Y DEFENSA DE LOS NUEVOS
DERECHOS AMBIENTALES CULTURALES Y
COLECTIVOS EN AMÉRICA LATINA**

**ENRIQUE LEFF
(COORDINADOR)**

**PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE
OFICINA REGIONAL PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE**

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS EN
CIENCIAS Y HUMANIDADES**



Serie Foros y Debates Ambientales
1

Corrección editorial a cargo de María Elena Olivera del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM (CEIICH / UNAM).

Cuidado de la edición: Rogelio López Torres (CEIICH / UNAM) y Claudio Amescua (PNUMA / ORPALC).

Primera edición: 2001

© Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe
Boulevard de los Virreyes 155, Colonia Lomas de Virreyes
11000, México D.F., México
ISBN 968-7913-13-14

Esta edición en formato pdf conserva los mismos derechos que la publicación impresa en papel.

CONTENIDO

Presentación	5
Los Derechos del Ser Colectivo y la Reapropiación Social de la Naturaleza: A Guisa de Prólogo*	7
1 Derecho ambiental y cultura legal en América Latina José María Borrero Navia	35
2 Diversidad y globalización: los derechos en su laberinto Ramón Torres Galarza	43
3 El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible Ricardo Zeledón Zeledón	55
4 La defensa judicial del medio ambiente en Colombia Claudia Mora Pineda	79
5 Los desafíos del derecho ambiental con respecto a la defensa de los intereses difusos: referencia a las propuestas de la nueva legislación boliviana Antonio Andaluz Westreicher	97
6 Participación ciudadana y justicia para la naturaleza Rafael González Ballar	107
7 La protección legal y social de los sistemas de saberes indígenas, la biodiversidad y los recursos genéticos Arturo Argueta Villamar	121

8	Regimen de acceso a los recursos genéticos en los países andinos y los derechos de las comunidades Manuel Pulgar-Vidal O.	139
9	Derechos sobre la biodiversidad y beneficios derivados de su acceso: la experiencia del INBio en Costa Rica R. Gámez y N. Mateo	147
10	Conflictos ambientales y apropiación de recursos naturales en Baja California Alfonso Aguirre Muñoz	157
11	Amenazas y conflictos socio ambientales en la exploración y explotación de hidrocarburos en la Amazonia peruana Lily La Torre	193
12	Los movimientos sociales y la construcción de los nuevos derechos ambientales y culturales en el procesos de globalización Pedro Ivo-Batista	207
13	Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios José del Val	215
14	El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva María Magdalena Gómez Rivera	233

PRESENTACIÓN

Con este libro damos inicio a la serie *Foros y Debates Ambientales*, del programa editorial de la Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe. Durante la pasada década de los años noventa, el PNUMA dio inicio a la organización de foros de política ambiental, reuniendo a autoridades de las administraciones ambientales de América Latina, junto con representantes de organismos internacionales y regionales, expertos del medio académico y de organizaciones no gubernamentales, para debatir los temas de mayor actualidad, relacionados con los procesos de globalización, la gestión ambiental urbana, la biodiversidad, la administración ambiental y la apropiación social de la naturaleza.

Los textos que presentamos en este volumen corresponden a las ponencias presentadas durante el Coloquio *Construcción y Defensa de los Nuevos Derechos Ambientales, Culturales y Colectivos en las Américas*. Dicho Coloquio se llevó a cabo los días 9-11 de noviembre de 1988 en la Universidad Nacional Autónoma de México, en una colaboración entre el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM, y la Red de Formación Ambiental para América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

El Coloquio se llevó a cabo en tres sesiones de debates en torneo a los siguientes temas: a) Los movimientos sociales y la construcción de los nuevos derechos ambientales y culturales en el proceso de globalización; b) La resolución extrajudicial y judicial de los conflictos ambientales y culturales vinculados con el ambiente; y c) La definición política y jurídica de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos y sus implicaciones en

Enrique Leff

las decisiones e instrumentos políticos y jurídicos para el desarrollo sostenible.

En estos debates participaron expertos de diferentes países de América Latina (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú, y Venezuela) que desde diferentes instancias de gobierno, la academia y de las organizaciones no gubernamentales, así como de diferentes disciplinas (derecho, sociología, antropología) vienen acompañando y contribuyendo al proceso de construcción de estos nuevos derechos.

Con estos debates buscamos abrir un campo de reflexión sobre procesos sociales y jurídicos en torno a los derechos de apropiación y gestión del uso sustentable de la naturaleza, que atañen tanto a los gobiernos como a los grupos ciudadanos y a todos los sectores sociales involucrados en el desarrollo sustentable de los países de la región.

Quiero dejar constancia de nuestro agradecimiento al CEIICH por su ya larga y fructífera cooperación con la Red de Formación Ambiental del PNUMA en el estudio y debate de la problemática ambiental de América Latina y el Caribe y a la Fundación Konrad Adenauer, por el apoyo al financiamiento de este evento. Asimismo agradezco a Isabel Martínez y a Águeda Burgos su colaboración en la organización del Coloquio, y a Claudio Ames- cua y Rogelio López, por su paciente y dedicada labor editorial.

Enrique Leff

LOS DERECHOS DEL SER COLECTIVO Y LA REAPROPIACIÓN SOCIAL DE LA NATURALEZA: A GUISA DE PRÓLOGO*

Enrique Leff **

La forja de los nuevos derechos

Las ponencias presentadas en este Foro sobre *La Construcción de los Nuevos Derechos Ambientales, Culturales y Colectivos* se articulan en torno a una reflexión sobre la configuración de un nuevo orden jurídico fundado en los nuevos derechos que hoy surgen en relación con la sustentabilidad ecológica y la diversidad cultural. Los movimientos sociales emergentes –tanto en el campo como en las ciudades– vienen abriendo un nuevo espacio en el que se plasma la afirmación de identidades étnicas y de las condiciones ecológicas para el desarrollo sustentable de los pueblos que habitan el planeta y para la humanidad en su conjunto. Estos nuevos derechos se están gestando en respuesta a una problemática ambiental que hoy se percibe como una “crisis de civilización”, efecto del punto de saturación y el desbordamiento de la racionalidad económica.

El proceso de modernización, guiado por el crecimiento económico y el progreso tecnológico, se ha apoyado en un régimen jurídico fundado en el derecho positivo, forjado en una ideología de

* Agradezco los comentarios al borrador de este texto que me aportaron Isabel Martínez y Mindahi Bastida.

** Coordinador de la Red de Formación Ambiental Para América Latina y el Caribe, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

Enrique Leff

las libertades individuales que privilegia los intereses privados. Este orden jurídico ha servido para legitimar, normar e instrumentar el despliegue de la lógica del mercado en el proceso de globalización económica. Esa inercia globalizadora, que se convierte en modelo de vida, pensamiento único y medida de todas las cosas, niega y desconoce a la naturaleza; no como un orden ontológico y una organización material de la que emerge la vida, sino en su constitución como una “ecología productiva” y como condición de sustentabilidad de todo orden económico y social. La naturaleza es cosificada para ser dominada; se transforma en recurso natural, como materia prima de un proceso productivo; pero se rompe la trama ecológica de la naturaleza, de la que dependen los equilibrios geofísicos, la evolución de la vida y la productividad ecológica del planeta.

Bajo el principio de la unidad de la ciencia y la universalidad del conocimiento, se ha homogeneizando la mirada sobre la realidad, generando un pensamiento unidimensional y una vía de un solo sentido en el proceso de globalización económica, que une al mundo bajo el signo unitario del mercado. En este proceso se desconoce la diversidad y la diferencia como principios constitutivos del ser, como fundamento de la vida y como base de una democracia fundada en la diferencia y de una equidad social fundada en la diversidad cultural. En el campo jurídico, los derechos individuales vuelven marginales y difusos a los derechos colectivos, aquellos que comparte una sociedad como principios de cohesión y solidaridad social, y a las cosmovisiones que unen la cultura con la naturaleza.

Frente al predominio de la lógica unitaria y binaria que ha conducido los destinos de una modernidad homogeneizante, inequitativa e insustentable, los nuevos movimientos sociales están labrando un nuevo camino hacia la sustentabilidad, fundado en una *racionalidad ambiental* que viene impulsando y legitimado nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos. La rationalidad jurídica del nuevo orden económico-ecológico mundial no surge tan sólo como respuesta a los acuerdos internacionales en favor de la conservación y de la sustentabilidad ecológica.

Prólogo

ca (por ejemplo, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Kyoto sobre el Cambio Climático). Los nuevos movimientos sociales que convulsionan al mundo actual toman fuerza con el debilitamiento de los Estados nacionales; en este proceso de ciudadanización se está configurando una cultura política fundada en el reconocimiento de los derechos humanos donde se inscriben las luchas campesinas y de los pueblos indios, que vienen reivindicando nuevos derechos culturales -que actualizan sus usos y costumbres tradicionales y sus ancestrales estilos de vida-, así como nuevos derechos políticos, construidos en torno a sus autonomías y territorios como espacios de autodeterminación de sus condiciones de existencia, que incluyen sus normas jurídicas para el acceso y usufructo de su patrimonio de recursos naturales.

En la defensa de los nuevos derechos ciudadanos -democráticos, ecológicos, de género- se está diseñando un cambio de época. Los derechos ambientales no solamente buscan ajustar el orden jurídico preestablecido a las exigencias de la sustentabilidad para compatibilizar el crecimiento económico y la conservación ecológica. Pues la definición de una normatividad ecológica dentro de la racionalidad económica prevaleciente conlleva una problematización y una crítica radical de los fundamentos mismos del sistema jurídico establecido. La degradación ambiental está expresando los límites de una racionalidad homogeneizante que deja fuera el valor de la diversidad cultural, que hoy se expresa en la afirmación de las identidades de los pueblos y en la reivindicación de *derechos del ser*: derechos a existir, derechos a reafirmar una cultura, derechos a reappropriarse un patrimonio natural, derechos a fraguarse un desarrollo sustentable; reivindicaciones ecológicas y políticas que se expresan en las demandas de dignidad y justicia que hoy movilizan a los pueblos indios del continente y del mundo entero por sus autonomías y sus territorios.

El movimiento social por la afirmación de estos nuevos derechos -como derechos del ser-, busca plasmarlos en una forma jurídica que los legitime y establezca los procedimientos legales

Enrique Leff

para su defensa. Estos derechos no se refieren a formas eternas e inamovibles del ser. La verdad y las formas jurídicas que le corresponden se desprenden y se construyen dentro de formas de saber y formas de poder (Foucault, 1998). En este sentido, la exclusión, subyugamiento e inexistencia de los derechos ambientales, étnicos y colectivos, es producto de una racionalidad que, centrada en la concepción del ser humano como individuo y de la naturaleza como recurso, ha negado un régimen jurídico pluralista y colectivista.

Estos nuevos derechos emergen de la crisis ambiental, del grito de la naturaleza y de las luchas sociales que reivindican las formas culturales del ser humano. Esta crisis ambiental marca los límites de la racionalidad fundante de la modernidad, de la racionalidad económica, jurídica y científica que establecen el lugar de la verdad, los puntos de observación para indagar al mundo y los dispositivos de poder en el saber para apropiarse la naturaleza. La emergencia de los nuevos derechos humanos – derechos ciudadanos, derechos indígenas- es ante todo el *derecho a ser*, lo que implica el reconocimiento del derecho del ser humano –individual y colectivo- a darse sus propias normas de vida, es decir, a su autonomía. Y esa autonomía –el soporte de la vida y el sentido de la existencia- se plasma en un contexto social, sobre bases ecológicas y soportes territoriales donde se configuran las identidades como formas de ser, y que se dan siempre en relación con un mundo que es su referente, su soporte, su cuerpo. Territorio habitado por un ser.

Los derechos ambientales, culturales y colectivos, no sólo se definen como derechos de la naturaleza, sino como derechos humanos hacia la naturaleza, incluyendo los derechos de propiedad y apropiación de la naturaleza. Los derechos ambientales se definen en relación con las identidades étnicas que se han configurado a lo largo de la historia en su relación con su entorno ecológico, más que en relación con una norma jurídica que responde a la lógica del mercado o a una razón de Estado. En ese contexto, los derechos ambientales se definen como derechos a la autonomía, es decir, a autogobernarse conforme a sus cosmo-

Prólogo

visiones, usos y costumbres; lo que implica el derecho de cada pueblo a establecer sus propias normas de convivencia para dirimir sus conflictos internos, así como para establecer prácticas de uso y transformación de sus recursos naturales. Estos derechos arraigan en la forma de derechos territoriales, que más allá de las formas de propiedad de la tierra, establecen espacios geográficos donde se asientan las culturas, que constituyen el hábitat y donde se configuran sus *habitus*; donde se desarrollan las prácticas y usos, las formas de coevolución, y las normas sancionadas de acceso, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales.

Ecología política y estrategias conceptuales

Los nuevos derechos ambientales se plasman en el campo estratégico de los conceptos; términos provenientes del discurso científico adquieren un sentido eminentemente político en el ámbito de lo jurídico; así, la “biodiversidad” se desplaza del campo restricto de la ecología hacia el de la ecología política, es decir, de los derechos de apropiación y uso de la naturaleza. Los movimientos sociales en defensa de la cultura y de los derechos indígenas, están incorporando el derecho a la conservación y aprovechamiento cultural de la biodiversidad. Las propias identidades de los pueblos se están reconfigurando en la percepción de la biodiversidad como un patrimonio cultural. En esta perspectiva, se está planteando la necesidad de construir nuevos ordenamientos jurídicos para normar formas de acceso y aprovechamiento de la naturaleza y para dirimir conflictos sobre los derechos de uso y transformación de la biodiversidad. Así, el discurso político y jurídico de la sustentabilidad se va configurando dentro de estrategias de poder por la reapropiación de la cultura y de la naturaleza.

Hoy, las luchas sociales y la construcción de los nuevos derechos se debaten en el terreno de una epistemología política. Son luchas por definir y hacer valer los conceptos de autonomía, de pueblo, de territorio, los que habrán de demarcar no sólo el espacio del ser y de la propiedad de la tierra, sino toda una racionali-

Enrique Leff

dad que habrá de traducirse en leyes y normas, en procedimientos legales y reglas judiciales. Las palabras adquieren nuevos significados que movilizan a la sociedad, pero que encuentran obstáculos y dificultades para su codificación dentro de los ordenamientos jurídicos. No se trata de un problema de traducción, sino del sentido político que adquieren los conceptos que plasman las estrategias discursivas del ambientalismo, que rompen con la idea de un sentido único de los términos, fijados para siempre en discursos cerrados, como garantes de la verdad absoluta, eterna e inamovible del poder establecido. En este sentido, las luchas por los derechos ambientales, culturales y colectivos dislocan el lugar de la verdad, resignifican los conceptos y transforman las formas jurídicas que ordenan las relaciones de poder en la apropiación del mundo y de la naturaleza. Hoy en día las luchas indígenas no se reducen al derecho a hablar una lengua, a preservar sus prácticas, usos y costumbres, sino que reivindican su derecho a la autonomía política, que incluyen sus formas de habitar su territorio y de usufructuar su patrimonio de recursos naturales; su derecho a definir un estilo de vida y una estrategia de etno-eco-desarrollo. Es eso lo que hace que el conflicto político en torno a las leyes indígenas no sólo quede entrampado por la difícil traducción del lenguaje ideológico-político al discurso jurídico y a los códigos de los procesos judiciales, sino por las visiones diferenciadas y proyectos encontrados que animan este debate histórico

El problema de la construcción de los nuevos derechos no es fundamentalmente ni tan sólo el problema de traducir en lenguaje jurídico los principios que se expresan en el discurso oficial de la sustentabilidad. Más allá de ese problema técnico, el reordenamiento jurídico que implica el reconocimiento de los nuevos derechos entraña la legitimación a través de la ley de nuevas relaciones de poder. Los “nuevos valores” y las “nuevas visiones de mundo” que se expresan en el discurso del desarrollo sustentable resignifican al mundo y construyen nuevos sentidos existenciales. Más allá del propósito de la conservación de la naturaleza, los derechos ambientales se orientan a recuperar y revalorizar las relaciones entre cultura y naturaleza, a reabrir y

Prólogo

multiplicar las diversas y heterogéneas formas de coevolución que quedaron reducidas y truncadas por el proceso de homogeneización del mundo moderno, jalado por la racionalidad instrumental, económica y jurídica que se fue imponiendo sobre el destino de los pueblos y de la naturaleza.

En la racionalidad de la modernidad, el derecho del hombre hacia la naturaleza es un derecho privado, individual, de dominio sobre la naturaleza, donde los valores de la conservación quedan entrampados, sin encontrar expresión ni defensa. Es por ello que los derechos colectivos aparecen como un grito que no alcanza a plasmarse de manera consistente en los ordenamientos constitucionales, en las leyes primarias y secundarias de la legislación ambiental o las relativas a los derechos de los pueblos indios. Las formas mismas del ordenamiento jurídico, los tiempos de los procedimientos legales, obstaculizan la traducción del discurso político a la eficacia de un instrumento jurídico que permitan la práctica de una defensa legal de los derechos ambientales y colectivos. Frente a este entramado de fallas jurídicas, los movimientos sociales avanzan en la definición y legitimación de nuevos derechos, quedando plasmados en un discurso que muchas veces no alcanza a decir todo lo que entraña en el silenciamiento del ser que ha quedado ocluido, dominado, subyugado por la racionalidad modernizadora.

La construcción social de los conceptos de pueblo y territorio implica una nueva relación sociedad-naturaleza. Esta lleva a cuestionar la cosificación de la tierra y la naturaleza como recurso económico; el principio de igualdad que llevó a parcializar (parcelar) la tierra para cultivos homogéneos (de subsistencia, de exportación); el fraccionamiento del conocimiento que ha desus tantivando el saber; la universalización de los derechos y la homogeneización del ser humano para igualarlo, imponiendo la hegemonía de los derechos individuales sobre los derechos colectivos, desconociendo las identidades que entretejen las relaciones de los seres humanos -hombres y mujeres- con la naturaleza. Es por ello que los nuevos derechos ambientales y colectivos reivindican un derecho a ser como pueblo indígena, lo que no

Enrique Leff

sólo reconoce el ser que sobrevive a lo largo de la historia, sino su derecho a la autoidentificación, a la autonomía, a la autogestión, es decir, a la libre determinación de sus condiciones de existencia.

Así, el derecho a un territorio étnico como espacio para la reproducción cultural, es una propuesta de deconstrucción de la política agraria que parceló el territorio para dar tenencia a la tierra como condición de sobrevivencia del campesinado y de la política indigenista que buscó la asimilación de los indios a la cultura nacional dominante y a la globalización económica, o su exterminio y exclusión como seres marginales a la racionalidad económica. Es desde la construcción del concepto de pueblo y de autonomía, así como de la formación de identidades de agrupaciones sociales, redes de solidaridad y comunidades de intereses comunes, que se definen los nuevos derechos colectivos y con base en ellos se constituye un nuevo sujeto jurídico, un ser colectivo, definido por una identidad y una cultura.

La ecología política se debate en estrategias conceptuales generando una tensión en sus sentidos diferenciados y en su traducción a una ley que legitime el valor y fije la validez de sus proyectos. Problema de polisemia y de interpretaciones donde se ponen en juego visiones del mundo e intereses políticos diferenciados y muchas veces antagónicos. Entre las comunidades como sujetos de interés público y los pueblos como sujetos de derechos públicos –de derechos jurídicos propios–, se juega el sentido de la autonomía y de los derechos territoriales, es decir, de la capacidad de los pueblos indios a usufructuar su patrimonio de recursos naturales comunes, de sus tierras comunales, de sus valores comunitarios.

El derecho cultural y al ser colectivo

Los movimientos indígenas emergentes están convulsionando los sentidos de la historia, cuyo destino no acaba de reflejarse en el campo del ordenamiento jurídico. Es en este campo –vivo y virtual– de la ecología política, las luchas sociales buscan restablecer relaciones armónicas de las culturas con la naturaleza y

Prólogo

construir un orden legal para los derechos comunes y las identidades colectivas. De esas identidades, fragmentadas y fracturadas por el tiempo, exterminadas y diluidas por el dominio de racionalidades externas y extrañas que producen la identificación y la absorción de lo tradicional con lo moderno. De esas identidades híbridas que se están constituyendo en su reafirmación del ser y sus resistencia a ser globalizadas, en la reivindicación de sus derechos culturales –como lo expresa Ramón Torres Galarza– entre lo propio y lo ajeno.

Este debate político se nutre de una reflexión de orden ontológico-existencial sobre el sentido del ser y del tiempo en la reconfiguración de las identidades que movilizan y en las que se asientan estos nuevos derechos. Esta reflexión lleva a recuperar el pensamiento fenomenológico de Heidegger, trascendiendo el carácter general y universal del *ser-ahí*, para pensar el ser colectivo en el plano de la diversidad cultural y la política de la diferencia, en el cual hoy en día se están reconfigurando las identidades de las etnias frente al mundo homogeneizado de la modernidad y la globalización económica. Ello implica llevar la indagación y la construcción de los derechos colectivos fuera del plano de los derechos individuales; para pensarlos en el contexto de una política de la otredad, de la diversidad y de la diferencia. Ahí se abre el campo de una hermenéutica antropológica e histórica para explorar y comprender las vías de transmisión de las historias vividas por los pueblos a través del tiempo; para saber cómo los pueblos “originarios”, “indígenas”, fraguan su historia, y como hoy recuperan y trasmiten sus tradiciones; para ver cómo hoy se afirman sus identidades confrontando realidades presentes (la globalización económico-ecológica) y como se proyectan hacia un futuro propio. Se trata de poder ver en la reivindicación de los nuevos derechos, la fuerza de una identidad que presumíamos muerta y que hoy expresa una voluntad de recuperación cultural y reapropiación de su historia; se trata de poder leer a esas culturas acalladas, iletradas, sin voz y sin rostro, que hoy vuelven a hablar, reconfigurando sus identidades en la convulsión y reencuentro de los tiempos dónde se produce una resistencia, confrontación y diálogo con la modernidad y con la globalización;

Enrique Leff

donde se produce una actualización –500 años después–, de los valores, principios y culturas que quedaron adormecidas en la historia como semillas que esperan invernando a que el tiempo les traiga la lluvia para volver a germinar.

Así, reviven hoy las culturas aborígenes, los pueblos indios; renacen en una nueva primavera, pero que no puede ser un retorno a un pasado mítico de 500 –ni siquiera diez– años atrás. Hay algo de la historia de los hombres y de los pueblos que no es reversible y que sin embargo se precipita desde los viejos tiempos para revivir en el presente; en la confluencia, contraposición y amalgama de sentidos donde se configuran nuevas identidades, individuales y colectivas, y donde se forjan nuevos derechos en torno a la sustentabilidad de la vida y la cultura. Esta reapropiación del mundo y de la naturaleza no es la restauración de una realidad externa, objetivada, cosificada, sino un proyecto para recuperar una biodiversidad y un territorio; no como tierras para ser parcelizadas, parcializadas, repartidas en una nueva reforma agraria, sino como la construcción de territorios colectivos; no como nuevos recursos naturales, genéticos valorizados para las oportunidades del mercado que abre la revolución biotecnológica, sino como un patrimonio de recursos que es la base para el desarrollo sustentable de las comunidades. Los derechos ambientales de los pueblos recuperan el sentido del territorio como soporte de una cultura, como un espacio marcado –geografiado– por el hombre, como un soporte ecológico habitado por significados culturales y sentidos civilizatorios (Gonçalves, 2001).

Esta reversión, reinversión e invención de los sentidos de la historia atraviesa la forja de los nuevos derechos ambientales; lo que impide circunscribirlos al campo del ordenamiento ecológico del territorio y a la valorización económica de la biodiversidad –de su riqueza genética, de sus saberes tradicionales– dentro de las estrategias actuales de la etnobioprospección. Son los sentidos culturales asignados a la naturaleza lo que impide reducir los derechos del ser colectivo y la reapropiación de su cultura y su naturaleza a una simple distribución de beneficios económicos derivados de la mercantilización de la biodiversidad. En

Prólogo

esta política se reconoce a los Estados-Nación como garantes y propietarios de la biodiversidad y se plantea un reparto de los beneficios generados por la apropiación biotecnológica de la naturaleza a los pueblos indígenas. Sin embargo, lo que reclaman los pueblos y las comunidades indígenas no es solamente el derecho a una parte de las regalías generadas por la etnobiopros-pección, producto de la valorización económica del saber tradicional y de los recursos de biodiversidad que constituyen el hábitat de estas comunidades de las regiones tropicales del Tercer Mundo. Los derechos ecológicos no se reducen a la distribución de los costos y beneficios económicos derivados de la destrucción o el aprovechamiento del medio ambiente: la compensación de una comunidad indígena por el beneficio económico derivado de la riqueza genética de la biodiversidad que ayudaron a conservar y cultivar en su coevolución con la naturaleza, o por los daños sufridos por un derrame petrolero o por la destrucción de su hábitat.

En este lugar del mundo –el Sur, la periferia, el subdesarrollo– se precipitan tiempos históricos que ahora reviven en la diversidad cultural del género humano planteando el reto de pensar ahí, con los movimientos sociales que hoy emergen en defensa de las formas diversas del ser cultural. Es esto lo que plantean los movimientos sociales por los nuevos derechos por la diversidad biológica y una pluralidad de sentidos civilizatorios. Ese proceso de recomposición de relaciones de poder entre los hombres y la naturaleza implica una transformación del orden jurídico establecido. Este nuevo orden surge del enfrentamiento de intereses y sentidos en un juego estratégico entre diferentes racionalidades y órdenes societarios, en favor de la legitimidad de esos nuevos derechos. En este campo emergente se forjan nuevas relaciones de poder donde la cultura y la autonomía de los pueblos adquieren valor y poder político, enfrentando los principios que hoy rigen la capitalización de la naturaleza y la sobreconomización del mundo. Este es el gran eje de la lucha de los derechos ambientales frente a las estrategias que buscan transitar hacia un futuro sustentable y diverso bajo la homogeneización del mercado.

Enrique Leff

Vivimos en un mundo globalizado que recodifica la cultura y la naturaleza como valores económicos; pero al mismo tiempo presenciamos la emergencia de luchas sociales que buscan reconstituir el mundo bajo sus propios códigos culturales, dentro de sus estilos étnicos y sus formas diversas de ser en el mundo. Los *mundos de vida* del ser comunitario juegan un papel fundamental para comprender el conflicto de intereses que se debate en el campo de la ecología política y la política ambiental; que se plantea una reapropiación del mundo que no puede resolverse dentro de la lógica unitaria del mercado o de los códigos jurídicos del derecho privado.

Intereses difusos, derechos colectivos y política de la diferencia

Uno de los problemas que plantea la inteligibilidad y codificación de los nuevos derechos es la aparente “difusividad” de sus intereses; Antonio Andaluz plantea los desafíos del derecho ambiental con respecto al problema de definir la titularidad de los bienes comunes y de crear una ingeniería jurídica para normar y supervisar sus usos. Estos “comunes” comprenden tanto recursos transnacionales y bienes “deshabitados” de los que depende la calidad ambiental y el equilibrio ecológico del planeta (el aire, los mares); pero también incluyen territorios que hoy se definen como áreas estratégicas de conservación de la biodiversidad, que son habitadas por culturas para las cuales esa biodiversidad (bosque y selvas tropicales) representan intereses colectivos arraigados a la cultura, y cuya “difusividad” se ha convertido en un argumento para su recodificación como capital natural.

El orden legal fundado en el derecho positivo privado aparece hoy en día como una camisa de fuerza que estrecha el campo de visibilidad de aquello que se expresa en los nuevos movimientos por la defensa de los derechos ambientales, culturales y colectivos asociados a la apropiación de los bienes comunes. El campo de observación de estos nuevos derechos, ceñidos a su carácter individual, vela la mirada de lo sustantivo del ser colectivo, que quedó ocluido y subyugado por la historia. La “tragedia de los

Prólogo

comunes” –de los espacios naturales, de las reservas de la biodiversidad, de los territorios étnicos de los pueblos–, es producto del desconocimiento que produce la racionalidad científica de la modernidad y sus formas jurídicas correspondientes.

La erradicación de los comunes no es consecuencia de un principio jurídico universal o de un juicio racional *a priori*, sino de un acto histórico de confinamiento de las tierras comunales que alimentó al proceso de acumulación del capital. El *enclosure of the commons* fue un acto de apropiación al que siguió el ordenamiento jurídico que lo justificó. Fue así que,

a fines del siglo XVIII, las parcelas comunes en Europa, denominadas justamente “los comunes” por ser utilizadas colectivamente como fuente de recursos complementarios al trabajo familiar o comunitario, fueron expropiadas por el gobierno británico y concedidas a los grandes terratenientes, en nombre del progreso científico y de la necesidad de alimentar a una creciente población. Al cabo de unas décadas, los terratenientes cercaron los terrenos comunes en los Actos de Confinamiento (*Enclosure of the commons*). Las comunidades rurales de Europa perdieron muchas de sus más importantes tierras y su acceso al forraje y las medicinas tradicionales fue cercenado. Millones de personas se vieron obligadas a salir de sus tierras ancestrales y a trabajar en las ciudades en fábricas de la nueva revolución científica o a emigrar a ultramar hacia América. Entre 1770 y 1850, el gobierno británico otorgó casi 12.000 patentes a inventores financiados por terratenientes enriquecidos gracias a los confinamientos. De esta manera, el movimiento para cercar la tierra en la Europa de los siglos XVIII y XIX financió el movimiento para confinar al intelecto humano [...] A fines del siglo XX, presenciamos un nuevo “acto de confinamiento”, bajo argumentos notoriamente parecidos, y expresado en la nueva revolución biotecnológica y la “necesidad” de otorgar patentes sobre conocimientos, recursos tradicionales y seres vivos, ancestralmente públicos y colectivos. (Ribeiro, 2001)

El *rational choice* que orienta las decisiones sobre la apropiación de la naturaleza, que las justifica y legitima ante la ley con base en el individualismo metodológico y el derecho positivo privado, al tiempo que desconoce los derechos colectivos, ha llevado

Enrique Leff

también a desagregar el potencial ecológico para reducirla a recursos naturales discretos con valor económico para la producción capitalista, llevando a sobreexplotar, destruir y mal aprovechar a la naturaleza y desvalorizando los servicios ecológicos del planeta por el incremento del consumo productivo de los recursos naturales. Así se concibe y justifica la “tragedia de los comunes”, de esos recursos que lo que les faltaría sería un propietario y un valor de mercado. Es dentro de este principio del derecho privado que hoy se busca valorizar y conservar la biodiversidad. Si bien la atmósfera y los océanos se consideran bienes de naturaleza difusa porque su titularidad no puede ser individualizada, la biodiversidad no sólo es un patrimonio de la humanidad cuyo valor ecológico y cultural resulta incommensurable con su valor económico. Este patrimonio de recursos hoy en día es subvaluado y destruido por la presión de la expansión económica, las estrategias de sobrevivencia de las poblaciones locales, o que el confinado, codificado y apropiado en las estrategias de valorización económica de los servicios ambientales (recursos genéticos, reservas ecoturísticas, sumideros de carbono) según las reglas del mercado. Sin embargo, en muchos casos esos “comunes” no son un *nowhere land*, ni son tierras de nadie. Por el contrario, son territorios habitados y valorizados por las culturas, como los de los bosques tropicales. En este sentido, los derechos “difusos” sobre la naturaleza se están concretando en formas de identidad que definen visiones intereses colectivos frente a recursos comunes. Los derechos colectivos surgen como derechos culturales que establecen las reglas de relación y apropiación de la naturaleza, y que por tanto definen derechos territoriales. Pues como advierte Magdalena Gómez, “es a partir del derecho territorial que un pueblo puede ejercer el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza.”

De lo que se trata es de dar derecho de ciudadanía a los derechos “difusos” dentro de los derechos universales de la persona, desconfinar los derechos colectivos, abrirle paso al derecho a la diferencia; lo que implica rescatar a la persona

Prólogo

desustantivada de su identidad y valorizar las formas diferenciadas del ser colectivo. Ello significa reconocer al indígena como persona y los derechos comunes a todo individuo, el carácter inalienable de las identidades colectivas y de las diferencias culturales. El problema de los derechos sobre los comunes no es que en esencia sean difusos, sino que el régimen jurídico restringe el significado del derecho. Los derechos colectivos se vuelven difusos ante la mirada homogeneizante de la racionalidad dominante (jurídica, económica) donde las externalidades ambientales y el ser colectivo se vuelven inaprensibles, ininteligibles e ilegislables para el derecho individual y privado.

Es desde esos principios de la racionalidad jurídica que las estrategias biotecnológicas tienden a hacer difusos los derechos de apropiación de la riqueza genética. Pues si bien los códigos jurídicos de algunos países reconocen los derechos y la facultad de decidir de las comunidades indígenas sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos, estos derechos resultan intangibles frente a los procedimientos de la bioprospección. Los genes y los principios activos para la bioprospección en muchos casos no son específicos de una especie biológica, de manera que la biotecnología es capaz de saltar las barreras territoriales e incluso su referencia a una especie o a una etnia para reconocer el origen compensable de sus innovaciones biotecnológicas. La capacidad de penetrar un gen desdibuja el vínculo de un recurso natural con una historia evolutiva, con una cultura originaria que pudiera reclamar un derecho ancestral sobre un territorio y sobre un recurso genético. Por ello resulta tan difícil legislar a favor de los derechos indígenas frente a las estrategias de etnobioprospección, ya que los orígenes territoriales, nacionales y comunales del recurso natural se vuelven difusos. Lo que permite el avance del imperialismo biotecnológico, que afirma su derecho a la apropiación de los recursos genéticos con fines comerciales sobre la base de la propiedad privada –patentable– del conocimiento de la vida.

Ante la normatividad ecológica del Estado y la imposición de los derechos de apropiación capitalista de la naturaleza, el

Enrique Leff

derecho ambiental está arraigándose así en los derechos colectivos de las comunidades indígenas. Estos derechos indígenas afirman su destino como pueblos en las perspectivas de una sustentabilidad global; su reconocimiento como sujetos históricos con plenos derechos, y no como “sujetos de interés público”, figura jurídica que les sustrae su derecho a la autonomía.

De la defensa de los nuevos derechos a su instrumentación jurídica

Los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos se van legitimando en un discurso teórico y político que reflexiona, reconoce y acompaña reivindicaciones que se expresan en los nuevos movimientos ciudadanos, ecologistas, indígenas y campesinos. Muchos de ellos transitan y se inscriben en un discurso jurídico que se va configurando y codificando en las convenciones internacionales –el Art. 8-J del Convenio sobre la Diversidad Biológica; la Convención 169 de la OIT, así como en la Declaración Universal de los derechos Humanos y en los borradores de los derechos humanos para los pueblos indígenas de la ONU y la OEA. Sin embargo, no es fácil pasar de ese nivel discursivo y de la legitimación de los valores que apoyan la emergencia de estos derechos de tercera generación, a un régimen jurídico que permita su instrumentación y aplicación. Pues más que un desarrollo y ampliación del campo jurídico (nuevas instituciones, nuevas legislaciones), implica un cambio de la racionalidad jurídica. Al igual que la racionalidad económica no asimila fácilmente los principios de una racionalidad ambiental (Leff, 1994, 1998), la racionalidad jurídica establecida a lo largo de la historia moderna de nuestros países –las constituciones, leyes, reglamentos y normas que regulan el acceso y uso de la naturaleza con base en el derecho positivo –privado, individual– se han plasmado en un derecho agrario y formas de propiedad de la tierra que han fraccionado el territorio nacional para un manejo productivo de la tierra que no corresponde a las demarcaciones de sus ecosistemas y de sus territorios étnicos.

Prólogo

Los derechos ambientales se han venido abriendo, desde la “ética de los deberes y los derechos de los estados” que refleja los derechos de los estados y los intereses del mercado hacia la “ética de las virtudes” de los pueblos indígenas -siguiendo la denominación que hace José del Val en este libro-, y que incluye las cosmovisiones, *habitus*, prácticas y mundos de vida de las diversas culturas que integran el Estado nacional. A través de los movimientos sociales, estas visiones diversas van ganando un *derecho de ser en el mundo*. Sin embargo, el creciente reconocimiento de su legitimidad no salva los escollos y obstáculos que se van presentando en su tránsito hacia un régimen jurídico en defensa de los derechos de los pueblos indios. Ejemplo de ello es la definición de derechos ambientales y territoriales que reconocan sin ambigüedad a los pueblos como legítimos propietarios y poseedores de sus territorios y de sus recursos, con posibilidad de usufructuarlos de manera colectiva y conforme a sus propias estrategias de conservación y de manejo productivo. De esta manera, hoy sigue imponiéndose una legislación que antepone los intereses del mercado y de los Estados, donde en la práctica los derechos de los pueblos se limitan a la promesa de un beneficio económico derivado de las formas externas de apropiación de su riqueza o a ser indemnizados por daños ecológicos sufridos por las formas de intervención sobre sus territorios. De esa manera los pueblos son sometidos a la racionalidad del mercado y al poder de la tecnología; son transmutados en capital étnico y humano para ser valorizados por su contribución a generar un valor de mercado.

Los derechos que se van generando a través de luchas sociales y legitimando en el discurso político, encuentran una serie de dificultades para su traducción a los códigos del ordenamiento jurídico. Estas obstáculos se presentan incluso en la traducción de los avances que en este sentido se vienen dando en el orden jurídico internacional al nacional. De esta manera, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indios en la Convención 169 de la OIT y los avances en esta materia en el Convenio sobre Diversidad Biológica pierden efectividad al no traducirse en una legislación nacional que permita pasar del discurso político a un

Enrique Leff

régimen jurídico que sirva para su defensa. De esta manera, el derecho al uso colectivo de los recursos queda subordinado al interés de la nación, definido por el Estado, que a su vez se inserta en la racionalidad del mercado que cada vez más se impone desde los centros de poder que gobiernan la globalización económica.

Claudia Mora acierta al afirmar que “la acción popular es el mecanismo judicial idóneo para la defensa de los derechos colectivos”. Los movimientos sociales son la vanguardia que disloca los principios y desplaza los criterios sobre los que se van legitimando los derechos y los actos de la justicia ambiental, aún cuando éstos no lleguen a plasmarse en un código jurídico y una norma legal. En esta dialéctica entre el movimiento social y la norma jurídica se va consagrando el derecho a la acción y la participación popular. Así, queda plasmado en el Art. 88 de la Constitución de 1991 de Colombia –reconocida como la Constitución Ecológica de América Latina (45 de sus artículos están relacionados directamente con la protección ambiental y el manejo sustentable de los recursos naturales)– y en la ley 99 de 1993, que dedica un capítulo a “Los modos y procedimientos de la participación ciudadana” donde se expresa que

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente [...] (Entre sus mecanismos), la tutela ha sentado jurisprudencia sobre el alcance de algunas normas constitucionales referentes al medio ambiente como la función ecológica de la propiedad, la participación comunitaria en la protección del medio ambiente [...] estos aspectos han hecho de la acción de tutela un mecanismo de participación eficaz (aunque subsidiario) para la protección del medio ambiente.

La Constitución consagra así los derechos ambientales e instaura mecanismos e instancias de participación para efectivizarlos, como el derecho de petición, el derecho a la información y a la participación pública en las decisiones ambientales (aprobación de licencias y evaluaciones de impacto ambiental), la acción popular para la defensa de los derechos colectivos, la acción de

Prólogo

tutela para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales, la acción de cumplimiento de leyes y actos administrativos, y la acción de nulidad de los actos administrativos. Sin embargo, los avances en el reconocimiento de un espacio más amplio para la participación ciudadana abre cauces para la expresión de los nuevos derechos, mas no produce el cambio de racionalidad jurídica que estos demandan.

En este sentido, José María Borrero, inquiriendo al derecho ambiental desde la cultura legal de América Latina plantea que “el derecho se reconoce como ley, pero también como poder para burlar la ley y hacer prevalecer las injusticias.” De donde surge contundente la pregunta por la legitimidad de la ley cuando el orden jurídico responde al poder, es decir al peso de razones e intereses muchas veces contrapuestos en donde la ley se somete al poder hegemónico. La ley no está en el origen y en la esencia de las cosas; no existe una ley natural que norme las acciones de los agentes sociales hacia la naturaleza; los valores morales y los principios éticos no moderan a la ley, aunque pueden convertirse en un poder real que haga que la ley los reconozca. Las formas dominantes de poder son las que generan los dispositivos jurídicos y formulan las leyes que son impuestas y deben ser obedecidas (Foucault, 1998). Por ello, el derecho ambiental no sólo implica un agregado de nuevas normas para vigilar el uso y castigar el abuso de los recursos naturales. Se trata de la emergencia de nuevos derechos sin normas que se nutren de un *ethos* que es movilizado por la sociedad antes en el plano cultural y político, antes de ser promulgados por el jurista, el legislador o el constituyente, constituyendo lentamente una conciencia jurídica antes de llegar a formar una disciplina. Es en este sentido que Zeledón apunta así hacia una necesaria reconstrucción de los derechos a partir de los principios de la sustentabilidad, como derechos de tercera generación.

Con la Conferencia de Río 92, la búsqueda del desarrollo sustentable acarreó una serie de efectos jurídicos en la normatividad del desarrollo. Pero al mismo tiempo, las formas

Enrique Leff

jurídicas y los procedimientos judiciales se van sujetando a ciertas reglas del poder que llevan a anteponer y privilegiar la búsqueda del crecimiento económico. En ese proceso se van desplazando las políticas de comando y control por instrumentos económicos para la gestión ambiental, al tiempo que el derecho ambiental se va arraigando al campo de las luchas sociales y fuera del marco de la ingeniería jurídica y los aparatos judiciales. La justicia ambiental se dirime en la arena política más que en las procuradurías ambientales y en los poderes judiciales.

El derecho ambiental se va constituyendo así como un conjunto de derechos que atraviesa a todo el sistema jurídico, tanto en su racionalidad formal como en sus bases materiales, en sus principios axiológicos y en sus instrumentos normativos. Ello demanda una transformación profunda del régimen jurídico que sostiene a la racionalidad económica dominante; implica una movilización de la verdad que fragua en nuevos fundamentos y formas jurídicas. Ello implica, la necesidad de construir un nuevo concepto de naturaleza, superar su imagen cosificada como res extensa instaurada por el derecho positivo moderno; de una naturaleza susceptible de ser manipulada, domeñada, dominada, controlada, explotada. Se trata de sustituir los principios incombustibles e inamovibles del derecho privado, por un proceso abierto al juego de valores e intereses sobre la conservación, uso y transformación de la naturaleza, con procedimientos jurídicos flexibles para dirimir conflictos de intereses contrapuestos y para alcanzar un bien común basado en el reconocimiento de sus diferencias. Es decir, el derecho ambiental no es sólo el conjunto de normas que aseguran el uso controlado de la naturaleza, sino aquel que regula los intereses en conflicto en torno a las estrategias diferenciadas de apropiación de sus recursos, donde se inscriben los derechos territoriales y culturales de los pueblos.

Conflictos socioecológicos y justicia ambiental

El discurso del desarrollo sostenible y la legislación ambiental no es el plasma de unos derechos únicos e incontrovertibles,

Prólogo

de una nueva de la solidaridad ecológica y social. Los conflictos ambientales emergen del conflicto de intereses y estrategias diferenciadas de apropiación y aprovechamiento de la naturaleza en la era de la globalización económico-ecológica. Un ejemplo de ello es el caso de los recursos costeros de la península de Baja California en México que nos presenta Alfonso Aguirre. En esta zona se enfrenta el cultivo sustentable del ostión en la Laguna de San Quintín a los usos “ecoturísticos” de las empresas hoteleras. En este escenario de conflictos ambientales, la construcción de los derechos emerge del posicionamiento de grupos sociales y de movimientos sociales frente a los impactos ambientales, la conservación y manejo sustentable de los recursos naturales. Otro ejemplo de ello es el que documenta Lily La Torre sobre los impactos en la exploración y explotación de los hidrocarburos en la Amazonía peruana. Casos similares han sucedido en muchos otros países, y es paradigmático el caso de los derrames de petróleo y la destrucción de la selva amazónica ecuatoriana, que no sólo llevaron el litigio judicial contra la Texaco a los juzgados de EUA, sino que ha conducido a la formación de un ejército verde en Ecuador que reivindica los derechos de las comunidades amazónicas en defensa de *su* naturaleza.

Los conflictos ambientales no se limitan a los impactos ecológicos, para lo cual bastaría un marco jurídico para las acciones de restauración y la compensación de dichos daños. Estos conflictos se extienden a los intereses involucrados en formas alternativas de uso de los recursos, y que hoy enfrenta a empresas transnacionales y nacionales que despliegan sus estrategias de capitalización de la naturaleza sobre territorios indígenas con los derechos autónomos de los pueblos. Estos están cuestionando incluso el derecho del Estado a concesionar territorios indígenas para usufructo de las riquezas del suelo y del subsuelo, de la flora y la fauna. El problema no se limita pues a un reclamo de compensaciones sobre un daño a los ecosistemas explotados, o a los beneficios derivados de la apropiación de sus recursos –vgr los beneficios derivados de la bioprospección y uso de los recursos ecoturísticos de la biodi-

Enrique Leff

versidad-, sino el derecho de las poblaciones locales a controlar sus procesos económicos y productivos, a una autonomía que les permita autogestionar sus territorios, sus recursos, su cultura y sus sistemas de justicia.

En su análisis del régimen de acceso a los recursos genéticos, Manuel Pulgar Vidal aborda uno de los conflictos más agudos, que plantea dimensiones radicalmente novedosas dentro de la geopolítica de la globalización económico-ecológica en la que están configurando los nuevos derechos de las comunidades indígenas. Las luchas de los pueblos indios ya no tan sólo reivindican sus ancestrales derechos al territorio, a la tierra, a la cultura y a un patrimonio de recursos naturales, sino que se posicionan frente a las estrategias actuales de apropiación y capitalización de la naturaleza. En este escenario, las grandes transnacionales han venido desplegando estrategias de acceso, innovación y mercantilización de los recursos genéticos provenientes de la biodiversidad –del hábitat de las culturas aborígenes de América Latina– estableciendo un régimen de apropiación a partir de la legitimación de derechos de propiedad intelectual sobre la vida y la naturaleza. Los nuevos derechos a la naturaleza (de las empresas, de los Estados, de los pueblos) quedan tensados por las oportunidades que ofrece la riqueza genética a la capitalización de la naturaleza. Por parte de las comunidades, sus derechos no se limitan al reclamo de parte de los beneficios de la comercialización de productos formulados con base en los principios activos y en la información genética de recursos bióticos situados en los territorios de los pueblos indígenas. Se trata también de un derecho a preservar un territorio biodiverso y a construirse un futuro sobre la base del aprovechamiento sustentable de la biodiversidad y de su riqueza genética.

Las luchas ecológicas y los derechos ambientales no son sólo reivindicaciones económicas. Son también luchas por el derecho a la bioseguridad y a la seguridad alimentaria, por reducir y evitar el riesgo ecológico que se incrementa con el interés económico, por la introducción de cultivos transgénicos y una ganadería alimentada con estos productos con sus posibles impactos en

Prólogo

la contaminación de cultivos originarios y de especies endémicas generada por la uniformización genética. En este sentido se han venido estableciendo normas jurídicas como la decisión 391 del Pacto Andino sobre el “régimen común sobre acceso a los recursos genéticos”. Si bien la geopolítica de la globalización ecológico-económica obliga a los estados a legislar sobre estos temas emergentes, las diferentes posiciones han desencadenado amplios debates que no han llegado a plasmarse en un marco legal que sirva de defensa de los intereses nacionales frente a la intervención tecnológica de la naturaleza, y que permitan dirimir conflictos sobre la base de un acceso equitativo a los recursos genéticos. De esta manera, mientras que algunas instituciones y países han apostado a los beneficios derivados del acceso a la biodiversidad dentro del marco de los derechos de propiedad intelectual –como el caso del INBio en Costa Rica que presentan Gámez y Mateo-Rafael González Ballar reclama la necesaria participación ciudadana para el reconocimiento del derecho consuetudinario y los derechos intelectuales comunitarios.

A pesar de los intensos debates generados en los órganos legislativos de algunos países de la región, la instrumentación jurídica de estos temas va a la zaga de las transformaciones que ya han sido inducidos por las estrategias de las empresas transnacionales, como es el caso de cultivos transgénicos. Estas decisiones, adoptadas desde los centros de poder del Norte, han cambiado ya una realidad y han penetrado en las políticas nacionales antes de haberse podido evaluar sus implicaciones económicas, culturales y ecológicas. Las respuestas emergen de manera tardía y fraccionada y la defensa posible de los derechos aparece más parapetada en movimientos sociales y acciones de las ONG, (RAFI, GRAIN), que amparadas por una legislación que proteja los intereses de las naciones y de los pueblos.

En la turbulencia de los precipitados debates para discernir lo que está en juego en los derechos de propiedad y aprovechamiento de los recursos genéticos, en las implicaciones económicas y los impactos ecológicos, sociales y culturales derivados de las formas de apropiación, no parece haber una consistencia

Enrique Leff

entre principios, realidades y procedimientos entre el discurso ético, la norma jurídica y las estrategias de apropiación económica. Así, mientras se despliega un discurso que reclama los recursos genéticos como patrimonio de la nación o de las comunidades, su carácter inalienable e imprescriptible, del valor agregado de las culturas en su protección y evolución histórica, en la realidad, las estrategias de apropiación pasan por encima de principios aparentemente obsoletos de soberanía y de patrimonio nacional. El vínculo comunidad-territorio, del saber-apropiación, de coevolución naturaleza-cultura, parecen como relaciones imposibles de nombrar, de delimitar, de prescribir. La protección de estos derechos no lo establece la norma jurídica, sino que queda sujeto a los términos de los contratos específicos suscritos entre las instituciones, los Estados y, a veces, las comunidades fragmentadas. En esa “difusividad” entre los hechos y los derechos, el capital y la tecnología encuentran libre acceso a la apropiación de la riqueza genética.

La emergencia de los derechos de los pueblos indios

El impacto del desarrollo insustentable en los procesos de degradación socioambiental, en la producción de pobreza, las condiciones de sobrevivencia y en la calidad de vida de sectores cada vez más amplios de la población, ha desencadenado movimientos sociales que están en la base de la construcción de los nuevos derechos ambientales, culturales, colectivos y territoriales para la preservación y apropiación sustentable de la naturaleza. Tal es el caso del Movimiento de los Sin Tierra en Brasil que acompaña Pedro Ivo, como lo ha sido también del Sindicato de Trabajadores Rurales de Brasil que han generando un movimiento a favor de la agricultura ecológica, la Confederación Nacional de Trabajadores Agrícolas que se movilizan contra los transgénicos y contra las tentativas de cambiar el Código Forestal Brasileño que amenaza con incrementar la deforestación de la selva amazónica; y de tantos otros, como el movimiento de los seringueiros por la definición de sus re-

Prólogo

servas extractivistas en el estado de Acre en Brasil, movimiento paradigmático por la emblemática figura de Chico Mendes. Estos movimientos por la sustentabilidad se manifiestan contra el neoliberalismo y la globalización económica, pero defienden principios ambientalistas y a favor del desarrollo sustentable, como es su lucha contra los cultivos transgénicos y la biopiratería y en favor de la agroecología, definiendo los nuevos derechos de las comunidades agrarias e indígenas en el escenario de la globalización económica.

Estas reivindicaciones ambientalistas están permeando a todo el movimiento reivindicativo de los pueblos indios –desde los mapuches del sur de Argentina y Chile hasta los Seri del norte de México; los pueblos de la cuenca amazónica, de los Andes y de mesoamérica–, cuyas condiciones de sobrevivencia, emancipación y desarrollo sustentable, dependen del re establecimiento de sus relaciones con la naturaleza y la redefinición de sus formas de apropiación y uso de la biodiversidad. Estos movimientos sociales están llevando a codificar los nuevos derechos colectivos en instrumentos jurídicos internacionales, como el Convenio sobre Biodiversidad y el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, donde se busca salvaguardar la diversidad cultural, de estilos de vida y prácticas culturales, y donde se reafirma la propiedad colectiva o comunal frente a los principios de propiedad individual.

La forja de estos nuevos derechos indígenas por el territorio, que como destaca Arturo Aragueta, ha llevado en el caso de Bolivia a reconocer la figura de los territorios comunitarios de origen (TCO). Así, el Art. 41 de la Ley INRA de Bolivia señala que: “Los TCO son los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivos, compuestos por comunidades o manco-

Enrique Leff

munidades, inembargables, imprescriptibles.” En este sentido, el reconocimiento de los TCO “pone en manos de las comunidades y los pueblos, no sólo la tierra, sino que las hace dueñas, de pleno derecho también, de la biodiversidad y los recursos genéticos ahí existentes.”

Las políticas públicas se han visto enfrentadas a la necesidad de valorizar los recursos naturales y normar el uso de la naturaleza. De allí han surgido instrumentos económicos y una legislación ambiental emergente en los últimos 30 años para normar los comportamientos económicos y sociales frente a la naturaleza. Empero, más allá de la normatividad ecológica, se viene gestando nuevos derechos humanos, sociales y culturales frente a la naturaleza, que son reclamos de la sociedad que van más allá del propósito de asignarle un valor económico o un valor científico a la “ecología”. Son estos valores que provienen de cosmovisiones y prácticas ancestrales, de usos y costumbres, de significados culturales y sentidos existenciales que desde una forma de ser en el mundo hoy se traducen en reclamos y reivindicaciones de identidades que definen territorios y valorizan recursos, que no son traducibles a valores de mercado ni a criterios ecológicos. Se pasa así de una legislación ambiental entendida como normatividad ecológica, a la emergencia de valores culturales que cuestionan los principios mismos del derecho (individual, privado), que nacen en el campo de la política y se manifiestan como un derecho a ser (a ser indígenas, a ser diferentes), que implica formas de relación con la naturaleza como territorio y hábitat. Ello no sólo confronta intereses de diferentes grupos (transnacionales, estado, comunidades) por la apropiación de un territorio, de unas tierras y de unos recursos, sino también formas diferenciadas de conservación y uso de la naturaleza, del paisaje y del entorno ecológico; de un patrimonio de recursos naturales y estilos de vida.

Los nuevos derechos indígenas plantean un reto: la apertura a un mundo dónde quepan muchos mundos; no de mundos diversos separados, sino un mundo que sea la forja de muchos mun-

Prólogo

dos, un mundo construido por la hibridación de identidades diversas, en la interculturalidad y a través de un diálogo de saberes; de un mundo abierto a la heterogénesis, la diversidad y la diferencia. Ello implica construir nuevos derechos y nuevos procedimientos jurídicos que reconozcan al ser colectivo, la diversidad cultural y las identidades diferenciadas; que legitime el derecho a la diferencia y que permita dirimir civilizadamente los conflictos generados por la confrontación de esas diferencias. Para evitar que el mundo siga siendo una civilización de identidades fragmentadas bajo el principio de una identidad igualitaria, la idea absoluta, el pensamiento único y el orden económico supremo, será necesario avanzar – como lo están haciendo los pueblos indios hoy en día– en la forja de un mundo diverso. Este es el reto para una construcción de los nuevos derechos ambientales y culturales; de la forja de los derechos colectivos en la perspectiva de una reapropiación social de la naturaleza.

REFERENCIAS

- Foucault, M. 1998. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa. Barcelona.
- Gonçalves, C.W.P. 2001. *Geo-grafías. Movimientos sociales, territorialidad y sustentabilidad*. Siglo XXI. México.
- Leff, E. 1994. *Ecología y capital*. Siglo XXI. México.
- Leff, E. 1998. *Saber ambiental. Racionalidad, sustentabilidad, complejidad, poder*. Siglo XXI/UNAM/PNUMA. México.
- Ribeiro, S. 2001. “Propiedad intelectual, recursos genéticos y conocimientos tradicionales”. En: Leff, E. y M. Bastida (Eds.) *Comercio, medio ambiente y desarrollo sustentable: perspectivas de América Latina y el Caribe*, PNUMA, UNAM, COMEDES, IISD, Serie Foros y Debates Ambientales 2, México.

Enrique Leff

1

DERECHO AMBIENTAL Y CULTURA LEGAL EN AMÉRICA LATINA

José María Borrero Navia *

Introducción

El Derecho, como el lenguaje y la música, tiene profundas raíces en el espíritu de un pueblo. En última instancia, el Derecho es una expresión normativa de la cultura, la historia, los valores sociales, el folclor, la psique, la ecología y la tradición de una nación dada. El desarrollo del Derecho puede compararse al crecimiento orgánico de una planta. Es lento y deriva de los poderes espirituales de un pueblo. Como tal, la evolución del Derecho es un proceso histórico desarrollado silenciosa e inconscientemente de una edad a otra. Al punto de que el Derecho no es el producto de la razón instrumental de un legislador en particular y su evolución natural no puede ser acelerada ni tampoco detenida por la intervención de un legislador.

En 1992 leí este texto de Christopher Osakwe¹ y desde entonces he estado atrapado en la resonancia de sus metáforas, le he citado oralmente en múltiples ocasiones y ésta es la segunda vez

* Director de la Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente (FIPMA) y del Centro de Asistencia Legal Ambiental (CELA), Cali, Colombia.

¹ Christopher Osakwe. 1985. "The Problems of the Comparability of Notions in Constitutional Law". *Tulane Law Review*, vol. f59, 875.

José María Borrero Navia

que lo hago por escrito. Lo confieso, más que una afinidad conceptual con su contenido me seduce una complicidad poética (me hubiera gustado haberlo leído 30 años atrás y recitarlo en la Facultad de Derecho, en una clase de procedimientos).

Casi siempre he citado esta composición para ilustrar mis referencias al concepto de cultura legal. En la práctica mi reiterado encuentro con sus metáforas ha desplazado mi interpretación de su sentido hacia el de cultura legal. En efecto, le encuentro mayor empatía con un concepto en construcción sobre la cultura jurídica que con teorizaciones sobre el Derecho como sistema u orden jurídico.

En esta ocasión quisiera avanzar en la construcción del concepto de cultura legal a partir de las imágenes que este texto ha suscitado y extenderlo hasta el campo ambiental. En este orden de ideas aspiro a reflexionar sobre las siguientes o semejantes preguntas: ¿Qué es una cultura legal ambiental? ¿Qué fuerzas, actores o factores participan en su formación? ¿Qué relaciones mantiene con los sistemas jurídicos?

Vínculos y límites

El concepto de cultura legal comprende el conjunto de ideas, actitudes, creencias, expectativas y opiniones que una sociedad o grupo tiene y expresa sobre el Derecho² y los sistemas jurídicos. En sucesión lógica, el concepto de cultura legal ambiental comprende un conjunto semejante referido al sistema de normas ambientales. En su condición de esferas o campos de la cultura, ambas participan de las mentalidades, valores, creencias e imaginarios que constituyen la cultura o culturas de un pueblo. Particularmente la cultura legal en materia ambiental está permeada por la cultura ambiental en la medida en que los campos no-jurídicos pueden influir en los sistemas jurídicos.

Una cultura ambiental se forma en el proceso de reconoci-

²L. Friedman. 1977. *The legal system. A social science perspective*. Nueva York, 15-16; del mismo autor, *Law and society. An introduction*, Englewood Cliffs, 7.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

miento de los valores del paradigma ecológico que una sociedad adopta como norma de su relación con el ambiente. Dicho proceso debe representarse en términos de los encuentros y desencuentros que el paradigma ecológico tiene con las restantes expresiones prevalentes de la cultura. Lo ambiental deambula en el itinerario de desplazamientos, rupturas y decantaciones de la cultura.

La cultura ambiental en América Latina es parte del paisaje cultural híbrido de nuestros países que, como lo ha descrito García Canclini,

son actualmente resultado de la sedimentación, yuxtaposición y entrecruzamiento de tradiciones indígenas (sobre todo en las áreas mesoamericana y andina), del hispanismo colonial católico y de las acciones políticas, educativas y comunicacionales modernas. Pese a los intentos de dar a la cultura de élite un perfil moderno, recluyendo lo indígena y lo colonial en sectores, un mestizaje interclasista ha generado formaciones híbridas en todos los estratos sociales. Los impulsos secularizadores y renovadores de la modernidad fueron más eficaces en los grupos “cultos”, pero ciertas élites preservan su arraigo en las tradiciones hispánico-católicas, y en zonas agrarias también en tradiciones indígenas, como recursos para justificar privilegios del orden antiguo desafiados por la expansión de la cultura masiva.³

La cultura ambiental no puede ser ajena a la impronta de las intervenciones premodernas y modernas en la oferta ambiental de América Latina, cuya historia ecológica es una crónica de la expoliación. Inagotable depósito de minerales, piedras preciosas, maderas y especies para los colonizadores europeos, no encontró mejor destino en manos de los criollos independientes, hábiles en aprovechar para enriquecimiento personal los inequitativos términos del intercambio comercial, las ventajas comparativas o la bonanza crediticia del capital financiero, en detrimento de la oferta ambiental de sus naciones y de la seguridad económica y social de sus pueblos. En la otra orilla de estas intolerables islas de privilegio se asoma el continente del deterioro ambiental y el

³ Néstor García Canclini. 1990. *Culturas híbridas. Estrategias para entrar y salir de la modernidad*. México: Grijalbo, 71.

José María Borrero Navia

empobrecimiento.⁴

Por su parte, la cultura legal no sólo transita los itinerarios de la cultura sino los caminos, a veces tortuosos, del Derecho, configurando su hábitat híbrido en una franja fronteriza donde el Derecho se reconoce como ley, pero también como poder para burlar la ley y hacer prevalecer las injusticias. En el imaginario de los latinoamericanos⁵ la justicia ha sido durante mucho tiempo un asunto de dios o de la vindicta personal, no del Derecho. La corrupción, el clientelismo y otros “resabios premodernos” contagiaron nuestros sistemas jurídicos favoreciendo una representación del Derecho como negocio del poder y sus intermediarios. Las mayorías analfabetas del continente han mirado con recelo al Derecho como un asunto de élites letradas.

La expansión de los valores democráticos y el respeto de los derechos humanos puede conducir a una deseable revalorización del sistema jurídico, siempre y cuando sean inducidos los cambios que el Derecho necesita para cumplir sus funciones de seguridad y estabilidad en una sociedad pluralista y compleja: en primer lugar, despojándole de esclerosadas ritualidades que en la práctica obran como barreras para el acceso de los ciudadanos a la justicia; y, en segundo lugar, haciéndole permeable y flexible tanto a las dinámicas sociales como a los cambios ocurridos en los discursos sobre el ambiente de otras disciplinas.

Según A. J. Arnaud⁶ “sólo se hablará correctamente de cambio jurídico cuando sea posible observar [...] una transformación de la estructura profunda de un sistema de Derecho impuesto porque un nuevo equilibrio fundado en una razón diferente, o al menos renovada, sucede a un equilibrio anterior”. Respecto al cambio en el Derecho cabe señalar que las presiones de lo social sobre lo jurídico rara vez son directas, actuando sólo a través del

⁴ José M. Borrero Navia. 1994. *Los derechos ambientales. Una Visión desde el Sur*, Cali: FIPMA/CELA, 84.

⁵ Al menos en la región andina, Centroamérica y el Caribe.

⁶ A. J. Arnaud. 1981. *Critique de la Raison Juridique*, t. 1: *Où va la Sociologie du Droit?* París: LGDJ. Citado por Michel van de Kerchove et al., 1997. *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Madrid: Juma, 150.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

filtro de la cultura jurídica o de lo que Arnaud denomina lo “infra-jurídico”; por ejemplo, las demandas ante los tribunales, que algunas veces son capaces de provocar cambios bruscos de la jurisprudencia, proceden de una serie de anticipaciones surgidas de ese conjunto de representaciones sociales que atañen al papel y las potencialidades del Derecho.⁷

Cambio es también el sesgo sobresaliente de la cultura ambiental: sus formaciones y valores prefiguran el cambio de civilización, el cual estamos aprendiendo a reconocer como imperativo de supervivencia de finales de milenio, el nuevo “gran designio” que imprima sentido a nuestro destino, el sentido de nuestros vínculos y límites con la naturaleza.

Establecer vínculos y declarar límites es asunto del Derecho. François Ost ha expresado magistralmente este atributo:

el derecho se muestra particularmente adaptado a la tarea que consiste en trazar vínculos y marcar límites. El derecho articula el vínculo social y procede de él. Impone una ley común que atribuye a cada cosa su sitio y a cada persona su papel propio. De esta manera define la red de obligaciones, la madeja de las alianzas, el linaje de las filiaciones, nociones todas directamente derivadas del verbo latino *ligare*.⁸

Luchando contra la indiferenciación y la confusión el Derecho fija fronteras o mojones⁹ y establece prohibiciones, e “igualmente asume la pesada tarea de juzgar y, a veces, de condenar (juicio, condena y castigo son también una manera de practicar el arte del límite: en efecto, por medio de ellos, se pone término al ciclo, virtualmente infinito, de la violencia, así como al abismo del resentimiento y la culpabilidad)”.¹⁰

⁷ Michel von de Kerchove. *El sistema jurídico...*, 150

⁸ François Ost. 1996. *Naturaleza y derecho. Para un debate ecológico en profundidad*. Bilbao: Ediciones Mensajero, 19-22.

⁹ Michel Serres sitúa el origen del derecho en la intervención, en el antiguo Egipto de los harpedonaptas, los funcionarios reales agrimensores y geómetras que, tras cada crecida del Nilo, “medían de nuevo las tierras cubiertas de barro y limo para redistribuirlas o establecer sus partes”. M. Serres. 1990. *Le contrat naturel*. París: François Bourin, 87. Hay traducción castellana: *El contrato natural*. Pre-textos, 1991.

¹⁰ François Ost. *Naturaleza y derecho...*

José María Borrero Navia

Respecto a los límites no podemos olvidar, como lo afirma García Canclini,¹¹ que en toda frontera hay alambres rígidos y alambres caídos. Y que tanto el Derecho como la cultura exhiben discontinuidades por donde los límites pueden traspasarse. Y la propia cultura también encuentra límites para inducir cambios en el rumbo de las complejas sociedades contemporáneas.

Sin embargo, gracias a la influencia de la cultura y el saber ambiental hoy nos reconocemos miembros de la familia viviente que habita la biosfera y beneficiarios de los bienes de la Tierra. Hemos alcanzado la conciencia de nuestra atadura filogenética y ontológica con este pequeño planeta y hemos derrumbado uno a uno los iconos que simbolizan nuestra ruptura de la alianza con la naturaleza. Y aunque desde tiempo atrás no rendimos culto al geocentrismo toloméico, ni a los mitos de nuestra singularidad y omnipotencia de nuestra razón, seguimos anclados en las pulsiones de nuestro narcisismo. Continuamos asistiendo a las ejecutorias de una civilización que sojuzga a la naturaleza, corrompe los elementos de la Tierra y pretende homogeneizar las culturas, mientras quema diariamente océanos de hidrocarburos.

En el contexto de sus mutuos límites, el drama de la cultura y las resistencias del derecho al cambio parecen encontrarse en un escenario común de sinsentidos descrito por M. Serres:

podemos frenar los procesos ya iniciados, legislar para consumir menos combustibles fósiles, repoblar en masa los bosques devastados... todas ellas excelentes iniciativas pero que se reducen, en su conjunto, a la figura del navío que circula a veinticinco nudos hacia un obstáculo en el que irremediablemente se estrellará y sobre cuya pasarela el oficial de guardia ordena a la máquina reducir un décimo la velocidad sin cambiar el rumbo.¹²

Los derechos ambientales

Nuestros vínculos y límites con el ambiente y los otros seres vivientes, humanos y no humanos, devienen jurídicamente en

¹¹ Néstor García Canclini. *Culturas híbridas...*, 326.

¹² M. Serres. *Le contrat naturel*, 56-57.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

derechos y obligaciones ambientales, cuyo alcance está trazado por la constelación normativa del derecho humano básico a vivir en un ambiente globalmente sano; y por la justicia entre generaciones o equidad intergeneracional en el uso y manejo del crédito planetario. Tomando el atajo de una lógica proposicional podríamos enunciar una síntesis que nos permita evadir un itinerario por los distintos caminos del Derecho positivo y de la justicia,¹³ a veces paralelos, o entrecruzados y bifurcados en ocasiones. Haciéndole concesiones al Derecho positivo, para bien de la justicia, definiremos el derecho al ambiente como *derecho humano básico de las presentes y futuras generaciones a vivir en un ambiente globalmente sano*.

El derecho al ambiente es un derecho humano fundamental, interdependiente de los restantes derechos humanos, económicos y políticos. Menester es reconocer que un ambiente sano es condición *sine qua non* de la propia vida y que ningún derecho podría ser realizado en un ambiente no vivible o profundamente alterado.¹⁴ Un razonable nivel de calidad ambiental es un valor esencial para asegurar la supervivencia no solamente humana sino de toda la biosfera.

La protección de este derecho humano comprende aquellos valores que han sido tradicionalmente objeto de tutela jurídica¹⁵

¹³ “La justicia es una representación de lo imposible. Una voluntad, un deseo, una exigencia de justicia cuya estructura no fuera una experiencia de la aporía, no tendría ninguna expectativa de ser lo que es, esto es, una justa apelación a la justicia.” Jacques Derrida. 1992. “Fuerza de Ley: el Fundamento Místico de la Autoridad”, *Doxa*, 142. Citado por Francisco Garrido Peña. 1996. *La ecología política como política del tiempo*. Granada: Comares, 207.

¹⁴ “Un medio ambiente limpio y saludable es esencial para poder gozar de los derechos humanos básicos –aun del derecho a la vida misma-. Estamos enfrentados con las necesidades de sobrevivencia de los seres humanos y todas las otras especies. La comunidad internacional debe intentar salvar todos los miembros del ecosistema. Una parte de esa meta será la protección de los derechos humanos básicos, la necesidad de sobrevivir. Hablar de proteger otras necesidades humanas es académico a menos que se resuelva esa necesidad”. Noralee Gibson. 1990. “The Right to a Clean Environment”, *Saskatchewan Law Review*, vol. 54 (1), 54.

¹⁵ La Comisión de Reforma Legal de Canadá considera que cuatro expresiones de este derecho son susceptibles de protección jurídica, cuya perturbación y violación la ley

José María Borrero Navia

por otros principios o cuerpos normativos: la vida humana como un bien sagrado, la integridad física de la persona y la defensa de la vida y la salud.¹⁶ En esta dirección Martínez-Pujalte ha propuesto un catálogo de derechos humanos inalienables que comprende el derecho a la vida, el derecho a la salud y a la integridad física, el derecho a las libertades personales y el derecho al ambiente. Este autor extiende el sentido de la dignidad humana a los valores ambientales afirmando que “el respeto a la naturaleza es una exigencia esencialmente implicada en la dignidad humana”.¹⁷

La relación entre generaciones impone obligaciones a cada una de ellas en la conservación de la calidad ambiental y diversidad genética de la biosfera para beneficio de su futuro, al tiempo que le confiere derechos en el uso y disfrute del patrimonio planetario. Estas obligaciones y derechos constituyen la base del principio de equidad intergeneracional.¹⁸ El concepto de crédito plane-

debería castigar. Aunque correspondientes a una misma categoría jurídica, constituyen manifestaciones diferentes:

- i. El derecho humano básico a que la vida y la salud personales no sean lesionadas opuestas en peligro como consecuencia de la contaminación o deterioro ambiental.
- ii. El derecho a un razonable nivel de calidad ambiental.
- iii. El derecho a disfrutar del patrimonio ambiental.
- iv. El derecho a proteger la propiedad privada de eventuales daños causados por contaminación o perturbaciones ambientales provocados por terceros. Law Reform Commission of Canada. *Crimes Against the Environment*, Ottawa, Canadá, 1985.

¹⁶ “Aunque la masacre de individuos y grupos de personas indefensos en ese momento se asemeja al crimen de genocidio continuo, el alcance del derecho a la vida está evolucionando para incluir la calidad de la vida, incluyendo el derecho a la alimentación, servicio médico, educación y un medio ambiente puro y decente. Así, el **derecho a vivir** está **evolucionando del derecho a la vida**. Como tal, la protección ambiental se vuelve obligatoria para la calidad de vida en este planeta. Paul W. Gormley. 1998. “The Right to a Safe and Decent Environment”, *Indian Journal of International Law*, vol. 28, (1) enero-marzo, 23.

¹⁷ Antonio Luis Martínez-Pujalte. 1992. “Los derechos humanos como derechos inalienables”. En: Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 95-96. Citado por Vicente Bellver Capella. 1994. *Ecología: de las razones a los derechos*, Granada: Comares.

¹⁸ Weiss Brown, E. 1984. *The planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*. II Ecology L. Q. 495. *Conservation and Equity Between Generations*, en Contemporary Issues en International Law, Buergental. ed.

tario obra como fundamento de este principio. Por crédito planetario debe entenderse que cada generación recibe de las generaciones anteriores un legado natural y cultural a título de fideicomiso, el cual debe mantener y entregar a las futuras generaciones.¹⁹

Formación de una cultura legal ambiental

Hemos afirmado que una cultura ambiental se forma en el proceso de comprensión y adopción de los valores del paradigma ecológico. Respecto a la cultura legal en medio ambiente, dicho proceso engloba la construcción de los puentes entre derecho y ecología que puedan orientar la concepción y enunciación de las normas legales ambientales. Ahora bien, comprender el paradigma ecológico significa interpretar los signos del malestar en nuestro tiempo que, según Fritjof Capra,²⁰ son diferentes expresiones de la misma y única crisis de percepción. Según Capra vivimos en un mundo globalmente interconectado, en el cual los fenómenos biológicos, sicológicos, sociales y ambientales están interconectados. Para describir correctamente este mundo nosotros necesitamos una perspectiva ecológica que la óptica cartesiana no puede ofrecernos. Lo que necesitamos con urgencia es un nuevo paradigma, una nueva visión de la realidad, un cambio fundamental en nuestros pensamientos, percepciones y valores, un desplazamiento de la concepción mecanicista a la visión de la realidad como complejidad.

Una cultura legal ambiental se construye en el diálogo del Derecho ambiental con los otros discursos sobre el ambiente de las ciencias naturales y sociales. Se trata de un diálogo difícil que tiene como punto de partida el conocimiento de la alteridad de la

¹⁹ Han sido identificado tres principios básicos de equidad intergeneracional:

- i. Principio de la conservación de las opciones
- ii. Principio de calidad ambiental
- iii. Principio de conservación al acceso. Brown Weiss, id.

²⁰ Fritjof Capra. 1983. *The Turning Point*. Londres: Flamingo, 10 ss.

José María Borrero Navia

naturaleza en tanto que superación de su imagen cosificada por el Derecho moderno como *res extensa* susceptible de toda manipulación y sojuzgamiento. Al fin y al cabo este Derecho es legatario del proyecto de la modernidad expresado por Bacon en la *Nueva Atlántida*: “El fin de nuestro establecimiento es el conocimiento de las causas y de los movimientos ocultos de las cosas; y el engrandecimiento de los límites del imperio humano para efectuar todas las cosas posibles”, y también de su discriminatoria idea de la naturaleza: “La naturaleza, escribe, es como una mujer pública. Debemos domeñarla, penetrar sus secretos y encadenarla según nuestros deseos”. En efecto, el sueño del dominio y control de la naturaleza atraviesa todo el proyecto de la modernidad.²¹

No sólo distantes en sus escalas de espacio y tiempo, el Derecho y la ecología se distancian en sus respectivas visiones de la realidad y el mundo. El orden y estabilidad que pretende el Derecho no tiene asidero en la visión del mundo que ofrece la ciencia contemporánea, para la cual el orden es algo excepcional y la regla es el caos. La certidumbre que exige el Derecho como regla de sus enunciados normativos y juicios de conducta, es un valor escaso en el discurso de la ecología, más afín a la incertidumbre, más próximo a las preguntas que a las respuestas ciertas. El Derecho deberá acostumbrarse a un saber ambiental que “convive con la incertidumbre e incorpora la pluralidad axiológica y la diversidad cultural en la formación del conocimiento y en la transformación práctica de la realidad.”²²

²¹ *El discurso del método* termina con este pasaje identificado como quintaesencia de las ciencias modernas: “Tales nociones [las nociones generales sobre la física] me han hecho ver que pueden lograrse conocimientos muy útiles para la vida y que en lugar de esa filosofía especulativa que se enseña en las escuelas, puede encontrarse una filosofía práctica en virtud de la cual, conociendo la fuerza y las acciones del fuego, del agua, del aire, de los astros, de los cielos y de todos los cuerpos que nos rodean con tanta precisión como conocemos los diversos oficios de nuestros artesanos, podamos emplearlos de igual forma para todos aquellos usos que sean propios, *convirtiéndonos por este medio en dueños y señores de la naturaleza*”. Citado por François Ost, *Naturaleza y derecho...*

²² Enrique Leff, “Conocimiento y educación ambiental”. *Formación Ambiental*. vol. 7, núm. 17; vol. 8, núm. 18, septiembre 1996-marzo 1997, México: PNUMA.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

Es aquí donde el Derecho ambiental encuentra su mayor desafío. Según François Ost²³ corresponde al Derecho transformar esa incertidumbre ecológica en certeza social, lo cual, paradójicamente, sólo conseguirá aumentando su propia flexibilidad. Se trata de sustituir el concepto del Derecho como sistema de mandamientos y procedimientos acabados por una cultura legal del cambio y los auto-ajustes constantes, afín a actos jurídicos flexibles y en constante reelaboración. Aparentemente, según Ost, “es la única manera de responder a una situación en la que se trata de tomar decisiones duras en un contexto de conocimientos movedizos”.

El diálogo entre el Derecho y la ecología conduce a una *ecologización del derecho* y a la consecuente *juridización de la ecología*.²⁴ Respecto a la primera se persigue que el sistema jurídico sea permeado por una comprensión profunda de la complejidad y procesualidad de los sistemas ambientales, y en relación con la segunda, se pretende evitar que el derecho pierda su propia jurisdicción mediante la imposición de valores y garantías inherentes al quehacer jurídico, especialmente el respeto de los procedimientos y de la regla pre establecida, la transparencia y publicidad de las decisiones, la contradicción de pruebas y argumentos, entre otros.

Los mandatos legales y el cambio cultural

En sentido contrario, pensando desde el papel que el Derecho puede tener para inducir los cambios culturales, la norma ambiental debe resultar del proceso social que reconoce los valores éticos, culturales y políticos del saber ambiental y la sostenibilidad, o, mejor aún, ser contemporánea del proceso y compañera en su accidentado recorrido. Cuando la promulgación de una norma es la respuesta legislativa al reconocimiento o adopción de un valor por parte de los actores sociales, su ejercicio o implementación

²³ François Ost, *Naturaleza y derecho...*

²⁴ François Ost, *Naturaleza y derecho...*

José María Borrero Navia

serán culturalmente válidos y socialmente viables. En este sentido la norma tendrá idéntica o similar presencia social a aquella de carácter consuetudinario que, sin promulgación alguna, ha sido internalizada en los hábitos cotidianos de un grupo o comunidad.

El empleo de mandatos normativos para inducir una percepción de los valores ambientales allí, donde antes eran nulos o casi nulos, es válido como ejercicio simbólico del Derecho en tanto el control normativo se inscriba en una estrategia holística de política ambiental que comprenda no sólo mandatos legales sino una amplia gama de operaciones concurrentes dirigidas a propiciar favorables reinversiones en los procedimientos tecnológicos, los sistemas productivos, el transporte, los asentamientos humanos, la participación ciudadana y otros aspectos fundamentales de la vida social.

Como es bien sabido, la eficacia de las intervenciones del Derecho en nuestras sociedades es instrumental, simbólica y eminentemente variable, no sólo en razón de sus diversas funciones en el cuerpo social sino porque en sus actuaciones “nunca se ejercen en el vacío”.²⁵ Respecto a los derechos ambientales debe tenerse en cuenta que un prolongado proceso de luchas sociales y políticas precede a su reconocimiento y que su ejercicio siempre estará expuesto a presiones, fuerzas o desplazamientos que pueden limitarle e inclusive obstruirle. La cultura legal puede intervenir en este espacio propiciando consenso social en torno a los valores de las actuaciones jurídicas y favoreciendo la seguridad jurídica y el respeto de los derechos.

Pluralismo jurídico

En la formación de una cultura legal ambiental debe considerarse el pluralismo jurídico²⁶ en una doble estrategia dirigida, en

²⁵ Michel van de Kerchove et al. 1997. *El sistema jurídico, entre orden y desorden*. Madrid: pp. 144, 145.

²⁶ De acuerdo con Fariñas Dulce existen rasgos comunes en casi todas las formulaciones doctrinarias del *pluralismo jurídico*, a saber:

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

primer lugar, a superar el *monismo jurídico* que identifica toda manifestación de juricidad con la *ley estatal*, negando de paso todo derecho *no estatal* o excluyendo la pluralidad jurídica; y en segundo lugar, a reconocer el pluralismo jurídico como la “co-existencia, en un mismo momento, de varios sistemas jurídicos”.²⁷

Para A. J. Arnaud²⁸ existe polisistemia simultánea, por cuanto el Derecho positivo “no es otra cosa que un sistema jurídico entre otros, aquel que entre todos los posibles ha sido puesto e impuesto por un autor investido del poder para decir el Derecho”. Arnaud distingue el sistema de las normas impuestas por el Derecho estatal de aquellos sistemas de Derecho espontáneo que actúan por debajo e incluso contra las normas impuestas, los cuales se han formado por la conjunción de concepciones y de vivencias no oficiales, el infra-derecho, constituido por verdaderos sistemas jurídicos dotados con mecanismos de regulación de conductas sociales y de resolución de conflictos. Reconocer esta *polisistemia jurídica simultánea* no debe conducir, en modo alguno, a desconocer el papel dominante de las normas impuestas por el Derecho estatal sobre las restantes expresiones jurídicas.

En una cultura legal de estirpe pluralista concurren los Derechos *no estatales* como expresión de campos sociales que ocupan el espacio existente entre los mandatos del sistema legal estatal y sus destinatarios. Allí, donde el Derecho estatal no llega

1. El rechazo a la identificación del derecho con la ley (lo cual implica un pluralismo en las fuentes de producción del derecho);
2. El rechazo al monopolio jurídico por parte del Estado (lo cual implica un pluralismo normativo-jurídico);
3. El rechazo del mito unificador del “monismo jurídico-formalista” (lo cual implica un pluralismo social y cultural);
4. Finalmente, el reconocimiento de la descentralización del Derecho estatal (que implica una pluralidad de centros de decisión jurídica en un mismo sistema jurídico, lo que se denomina “policentricidad jurídica”), lo cual permite hablar también de un pluralismo jurídico “intersistemático” o pluralismo “interno” al derecho oficial o estatal. María José Fariñas Dulce. 1997. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*, Madrid: Dykinson.

²⁷ Michel von de Kerchove, *El sistema jurídico...*

²⁸ Citado por Kerchove, *El sistema jurídico...*

José María Borrero Navia

debido a las resistencias culturales de los destinatarios, o bien, en razón de la debilidad instrumental o simbólica de la norma estatal, también se generan reglas de Derecho que orientan y califican la conducta humana.

Una cultura legal atenta a reconocer los infraderechos no sólo como expresiones del pluralismo sino como signos reveladores de la bancarrota del monismo jurídico y político (exclusividad de la ley escrita estatal y del poder centralizado del Estado) podría propiciar encuentros entre supra e infraderechos que conduzcan a institucionalizar un diálogo de los Derechos en todo el recorrido del quehacer jurídico, desde el proceso de concepción y enunciación de las normas ambientales hasta sus instancias de implementación.

Crisis del Estado y el centralismo jurídico

A nadie escapa que en los umbrales del siglo XXI se anuncia el fin de los monismos, tanto del jurídico como del político, los cuales están cediendo frente a las presiones de otros derechos y de otros poderes y actores políticos. El Estado está desterritorializado y su poder, fragmentado. Las instituciones vacías y abandonadas ilustran la “privatización del poder y de sus instrumentos más preciosos –el conocimiento científico y las decisiones tecnológicas determinantes”.²⁹

El prestigio de las actuaciones privadas revela en toda su intensidad el drama de lo jurídico: “en los armazones vacíos de poder estatal y jurídico, permanecerán los jueces, los policías, los administradores y otros materiales humanos perecederos abandonados...”.³⁰ El Estado se desbarata siendo incapaz de manejar la vasta y compleja sociedad contemporánea, asediado por bloques de poder (tecnológico-científico-militar) que se han desmembrado de su control político y, en ocasiones, también en su razón jurídica.

²⁹ Umberto Eco. 1974. *La nueva Edad Media*. Madrid: Alianza Editorial.

³⁰ Umberto Eco, *La nueva Edad Media*...

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

Sin lugar a dudas el ideal hegeliano de un Estado que unifica a una sociedad plural como sistema operativo unitario se encuentra en crisis. De otra parte, en el Estado liberal este ideal nunca pasó de ser una ficción judiciaria mantenida por la fuerza. Los pobres (léase actores sociales subalternos) de América Latina siempre han sentido (y padecido) al Estado como un poder ajeno y lejano de sus contingencias cotidianas, que en la mayoría de las veces obra como fuerza nugatoria de sus derechos y aspiraciones. Erigido como estructura concentracionaria de poder para anular las expresiones político-culturales de actores sociales subalternos y/o marginales, y por ende, los ricos matices de la diversidad cultural humana, y ahogado en los excesos de su retórica republicana, el Estado de estirpe mecanicista, ha sido tierra arrasada por los privilegios de las oligarquías y erial de su violencia institucional para generar omisiones, dilaciones o violaciones de los derechos ciudadanos.³¹

La crisis del modelo unitario de Estado también alcanza a sus instituciones máspreciadas, la representación política (particularmente la participación a través de partidos políticos) y la democracia representativa, *ejercicio censitario de facto* como le ha llamado Argullol para excluir los disensos y desconocer los derechos de las minorías políticas.

Las tensiones entre la recolonización global del planeta y las demandas locales emancipatorias o balcanizadoras también concurren a la bancarrota del Estado unitario. Mientras las corporaciones multinacionales y sus artífices sueñan con un planeta política y culturalmente homogeneizado donde reine el mercado universal de los simulacros simbólicos y las basuras, los movimientos sociales y los pueblos se debaten en la lucha por sus derechos resistiendo el acoso del *cuasi estado neoliberal*, altamente represivo con los movimientos sociales, o sea; fuerte y, al mismo tiempo, gravemente ausente o débil, cuando se trata de aceptar las presiones de los gerentes del casino internacional.

³¹ José M. Borrero Navia. *Los derechos ambientales...*

José María Borrero Navia

El nuevo Estado ambiental³²

Respecto a sus relaciones con el Estado, es bueno recordar que veinticinco años atrás el proyecto ambiental³³ era un discurso en la lateralidad. Si bien la Conferencia de Estocolmo en 1972 había llevado a la mesa de las discusiones internacionales la preocupación por el malestar ambiental, estimulando en varios países la adopción de códigos ambientales, la ideología desarrollista predominaba en todos los ambientes, incluidos los académicos. En el mejor de los casos se decía, como lo hizo el representante de Brasil en esa Conferencia, que la protección ambiental era un lujo para los países ricos.

Un conjunto de factores modificaron este escenario. Las ecodemandas del norte propiciaron la adopción de varios convenios internacionales,³⁴ la creciente presión social y política ejercida por actores y movimientos sociales en demanda de reivindicaciones ambientales por el derecho a un ambiente sano, especialmente en los países del Norte, estimuló la percepción y valoración ambiental: los signos inequívocos del malestar ambiental visibles a lo largo y ancho de la geografía planetaria; la crisis de los metadiscursos políticos y el derrumbe del socialismo burocrático, al cual sólo sobrevivieron como ideologías disponibles la ecología y los derechos humanos, fueron, entre otras, las dinámi-

³² José M. Borrero Navia. 1997. *Ideario Ambiental a Finales del Siglo XX. Transiciones y desafíos*. Cali: FIPMA/CELA, del cual retomo textos e ideas para este acápite.

³³ El siguiente concepto amplio (no terminado, por supuesto) del ambiente puede ilustrar el concepto de proyecto ambiental: "...el ambiente es sede de la participación, o sea ocasión e instrumento para el ejercicio de los derechos y de los deberes de solidaridad política, económica y social. El ambiente es lugar de encuentro de los aspectos naturales (paisaje) y culturales (patrimonio histórico artístico de la nación) tutelados expresamente por el artículo 9. El ambiente es también la salubridad del espacio que lo circunda, que asegura el bienestar psico-físico individual y colectivo, elevado a la dignidad de derecho del individuo e interés de la comunidad por el artículo 32". Sentencia del Tribunal italiano de Casación de 20 de enero de 1983, citado por Bellver, *Ecología: de las razones a...*

³⁴ Entre otros La Convención de Viena, 1985, el Protocolo de Montreal, 1987, la Convención de Basilea, 1989, la Convención Internacional del Derecho del Mar, 1982, la Convención Internacional, Sobre Cambio Climático, 1992, la Convención Internacional de Conservación de la Biodiversidad, 1992.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

cas sociales, culturales y políticas que arrancaron al discurso ecologista de su lateralidad para coronarlo de éxito y prestigio.

Copiendo una metáfora mecanicista muy popular hasta hace muy poco, podríamos decir que “el ambiente se había tomado el poder” convirtiéndose en asunto de Estado, en negocio del principio. Si fuéramos fieles a la metáfora citada tendríamos que proclamar a los cuatro vientos el triunfo político de la agenda ambiental y festejar la congestión del ambiente por el Estado en asocio de diversos actores sociales. No siendo adeptos de esta metáfora y menos aún a su ingenua representación del poder, podríamos decir que la intervención del Estado en la gestión ambiental no ofrece un balance equitativo. La cooptación del discurso ambientalista ha sido muy lucrativa para el Estado: los partidos políticos y sus clientelas han ambientalizado su esclerosado discurso; sus patrocinadores empresariales y corporativos han enverdecido su imagen como gestores de la nueva contaminación sostenible; el Estado ha descubierto la gallina de los huevos de oro para captar recursos frescos en los centros de financiamiento multilateral; el poder, en fin se ha desplegado en un territorio nuevo donde ejercer una renovada manipulación de la esperanza y la inocencia de las gentes. Al ambiente, en cambio, le ha ido muy mal, inclusive peor que antes.³⁵

Varios autores³⁶ sugieren que la presencia del derecho al ambiente en el escenario de los derechos fundamentales (individuales y colectivos) debe conducir a un cambio radical en el modelo prevalente de Estado. Francesco Lettera³⁷ propone un nuevo Estado fundado en el ejercicio de la solidaridad:

La sociedad civil está disponiendo una orientación distinta de los operadores estatales; de esta manera, se están poniendo las

³⁵ Para mitigar el tono contestatario del acápite, pueden revisarse los informes anuales del PNUMA sobre el medio ambiente mundial, en los cuales, si bien se registran los esfuerzos en la gestión se informa sobre el empeoramiento del ambiente.

³⁶ Me refiero, entre otros, a Francisco Garrido Peña (*La ecología política como política del tiempo*) y Bellver (*Ecología: de las razones a los derechos*).

³⁷ Francesco Lettera, *Lo Stato ambientale...*, citado por Bellver, *Ecología: de las razones a ...*

José María Borrero Navia

premisas para una superación del estado de derecho de su forma más evolucionada, que es el Estado social. Se perfila la reacción de un Estado ambiental, portador de otros valores y tendente a perseguir, a través de una actuación diversa de los deberes de solidaridad económica, el respeto de la igualdad sustancial.

El cambio de civilización que inspira el paradigma ecológico también provocará el colapso de los sistemas de organización política y de los mecanismos de gobernabilidad que configuran buena parte de los escenarios políticos contemporáneos. Mitos jusfilosóficos de la Ilustración, inspirados en representaciones mecanicistas sobre la sociedad y las relaciones de los diferentes actores sociales, deberán ceder su lugar en la historia humana a otras estrategias convivenciales, periféricas, autónomas y, porque no, espontáneas de solidaridad social y gobernabilidad. Me resisto a aceptar que ese espacio de convivialidad y solidaridad sea ocupado por otro modelo de Estado. No importa cuán democrático o políticamente confiable pueda ser. En su lugar prefiero simplemente una sociedad ecológica.

Resistencias y marginalidad del derecho ambiental

Como disciplina portadora del paradigma ecológico, el Derecho ambiental ha encontrado resistencias en el mismo Derecho en tanto que sistema jurídico prevalente, las cuales se tradujeron, durante casi dos décadas, en su marginalidad académica, judicial y doctrinaria. Heredero de dispersas disposiciones sobre el uso y explotación de los recursos naturales devino, en el mejor de los casos, en nuevo apéndice del Derecho Administrativo para ampliar el control del Estado sobre la oferta ambiental. Operando más como utensilio burocrático que como sistema jurídico, las piezas legislativas de Derecho ambiental permanecieron ajenas al reconocimiento y significación del derecho humano al ambiente.

Como bien lo ha señalado Garrido Peña “para muchos juristas la doctrina no ha sido afectada en lo fundamental por el nuevo Derecho medio ambiental, sino que tan solo se trata de reintroducir en el sistema existente nuevos bienes jurídicos protegidos, y por

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

tanto nuevas infracciones y delitos, junto con quizás nuevas técnicas periciales y tal vez alguna modificación procesal [...] Ampliar el universo, sin por ello cambiar su estructura. Esto sería una recepción meramente técnica del impacto de la crisis ecológica en el sistema jurídico".³⁸

Respecto a su papel en la gestión ambiental en los países de la región, no se registran mayores avances. Inclusive informes relativamente recientes son pesimistas sobre sus alcances. Los redactores del proyecto-tipo de *Ley básica para la protección ambiental y la promoción del desarrollo sostenible para los países de Centroamérica y Panamá*,³⁹ hacen un diagnóstico relativamente pesimista sobre el éxito que la legislación ambiental ha tenido hasta el presente, tanto en los países centroamericanos como los restantes de América Latina y el Caribe. Y encuentran que las falencias de la normativa ambiental obedecen, entre otras razones, "a la falta de voluntad política real para aplicarlas, a la inexistencia o insuficiencias de la organización estatal de ejecución, a las barreras puestas por intereses sectoriales afectados y contrapuestos y a la deficiente participación y educación ciudadanas".⁴⁰

En materia de derecho internacional ambiental, el documento *Situación del derecho internacional ambiental en América Latina y el Caribe*, preparado por la Oficina Regional del PNUMA reporta que "la región de América Latina y el Caribe carece aún de instrumentos regionales que sirvan dentro de un marco general para un derecho internacional aplicable a la misma, el cual sigue siendo fragmentario, incipiente y pobre en normas positivas y vinculantes".⁴¹

¿Acaso los cambios ocurridos en las dos últimas décadas, y especialmente el reconocimiento del derecho humano al ambiente

³⁸ Francisco Garrido Peña, *La ecología política...*, 32.

³⁹ PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe. 1993. *Propuesta de ley básica de protección ambiental y promoción del desarrollo sostenible*. México: Sistema de Información en Derecho Ambiental de PNUMA.

⁴⁰ PNUMA: *Propuesta de ley básica....*

⁴¹ PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, *Situación actual del derecho internacional en América Latina y el Caribe*, México, 1993, 75.

José María Borrero Navia

te y su consagración en los textos constitucionales de un gran número de países latinoamericanos, permiten prever un papel menos mediocre del Derecho ambiental, así como avances de la cultura legal ambiental respecto a los valores, mentalidades e imaginarios prevalecientes sobre el sistema jurídico?

Los derechos ambientales en América Latina

En la década de los setenta, influidos por la Conferencia de Estocolmo, varios países latinoamericanos iniciaron proyectos para sistematizar dispersas piezas de legislación y, excepcionalmente, promulgar códigos ambientales o marcos normativos de legislación ambiental. En las dos décadas siguientes la normativa ambiental alcanzó rango constitucional en preceptos de política ambiental y mediante el reconocimiento de los derechos ambientales. En esta última década promulgaron su ley marco ambiental aquellos países que crecían de ella y en el presente casi todos los países del continente exhiben un sistema legal ambiental dotado con ley marco de política ambiental y un corpus reglamentario sistematizado en mayor o menor grado. Además de estos avances legislativos y de la consagración del derecho al ambiente en las constituciones más recientes, ha crecido el número de organizaciones no-gubernamentales comprometidas en la defensa de los derechos ambientales, estimulando así la participación de la sociedad civil en la gestión ambiental. En los siguientes acápite se describen y analizan los rasgos de este “florecimiento” del Derecho ambiental en el continente.⁴²

¿En qué medida las normas ambientales vienen configurando un sistema jurídico orientado hacia la reconversión ecológica de instituciones privilegiadas del Estado moderno como el derecho de propiedad, las relaciones productivas y los sistemas tecnológicos y de intervención en la naturaleza?

⁴² La información de este acápite tiene como fuente principal mi libro *Los Derechos Ambientales. Una Visión desde el Sur*. La información nueva corresponde a la producción legislativa y cambios registrados a partir de 1993.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

¿En qué grado se está decantando una cultura legal ambiental fundada en el ejercicio democrático (social y políticamente) de los derechos ambientales en estrecha conexión e interdependencia con los restantes derechos fundamentales (individuales y colectivos) y, especialmente, de los derechos a la participación, a la información y al conocimiento, es decir, el derecho a pensar?

Los derechos ambientales en las constituciones latinoamericanas

La consagración de preceptos ambientales en la Constitución promueve los intereses ambientales en el más alto nivel del orden legal, donde el impacto sobre las leyes y sobre el público en general puede ser altamente significativo.⁴³ En las constituciones de los países latinoamericanos se encuentran, en primer lugar, preceptos que consagran el dominio público y la propiedad del Estado sobre el ambiente y los recursos naturales del país; en segundo lugar, principios de política ambiental y, finalmente, aquellos que reconocen el derecho al ambiente como *derecho fundamental, colectivo o social, así como principios de equidad intergerencial y “derechos de la naturaleza”*.

I. *Derechos y obligaciones del Estado*

a) Dominio Público

En ejercicio del principio de soberanía nacional las constituciones latinoamericanas, por regla general, declaran el dominio público o propiedad del Estado sobre los recursos naturales que se encuentran en su territorio o bajo su jurisdicción, ejemplos de estas disposiciones se encuentran en las constituciones de Bolivia, Colombia, Cuba, México, Perú y Venezuela.

b) Política ambiental

Estos preceptos constitucionales enuncian el marco general de política ambiental, así como las facultades y responsabilidades de entidades administrativas en materia ambiental, el régí-

⁴³ Ernst Brandl y Hartwin Bunger. 1992. “Constitutional Entrenchment of Environmental Protection: A Comparative Analysis of Experiences Abroad.” *Harvard Environmental Law Review*, vol. 16 núm. 1, 4-5.

José María Borrero Navia

men de relaciones internacionales en asuntos ecológicos, la política fiscal y de ingresos con relación al uso de los recursos naturales,⁴⁴ entre otras materias. En el contexto continental, las constituciones de Brasil y Colombia se destacan por su devoción ejemplar a los asuntos ambientales. En este sentido es significativa la protección conferida por la Constitución del Brasil al derecho de todos y cada uno de los ciudadanos a un *ambiente ecológicamente balanceado*, precepto que obra como fundamento de toda la política ambiental del país cuyo principal objetivo es garantizar el pleno ejercicio de este derecho a todo el pueblo brasileño. Igualmente la constitución colombiana ha merecido el calificativo de “constitución ambiental” en razón del número de artículos consagrados a la política ambiental del país.

Entre los preceptos constitucionales de política ambiental deben distinguirse, por una parte, aquellos que han sido formulados como guías para un adecuado manejo de los recursos naturales; y por la otra, los preceptos propiamente ambientales. La primera categoría está constituida por preceptos inspirados en una racionalidad económica, la cual no es usualmente compatible con el ideario de la sostenibilidad ambiental. Por el contrario, los preceptos constitucionales de auténtico linaje ambiental no reducen el ambiente nacional a un simple dispensario de “recursos naturales”, sino que consagran principios de política ambiental para conservar y usar de manera sostenible las aguas, los ríos, los ecosistemas, la fauna, la flora y la biodiversidad. Ambos tipos de normas se encuentran en las Constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

⁴⁴ “A diferencia de los derechos fundamentales que, de acuerdo con la teoría liberal clásica, limitan las intrusiones gubernamentales en la esfera privada, los preceptos de política pública estimulan la acción gubernamental. Estos preceptos tienen un carácter dinámico en tanto están dirigidos a la solución de futuros problemas sociales, y guían antes que limitar el ejercicio legislativo. En consecuencia, los preceptos de política pública pueden ser descritos como normas intencionales o directrices constitucionales.” Ernest Brandl et al., *Constitutional entrenchment...*, 16.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

II. Derechos y obligaciones de los ciudadanos

El derecho a un ambiente sano, libre de contaminación o ecológicamente balanceado, es expresamente consagrado por las constituciones de Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Perú. Tres de estos países Chile, Ecuador y Paraguay, confieren rango de derecho fundamental al derecho a un ambiente sano con idéntico estatus y garantías reconocidos a los derechos fundamentales consignados en la Declaración Universal de Derechos del Hombre. El enunciado consagrado por la nueva constitución de Argentina (1994) sobre el derecho de los ciudadanos a un ambiente sano puede interpretarse también como derecho fundamental. La protección del ambiente como responsabilidad de cada ciudadano es prescrita en las constituciones de Brasil, Colombia, Cuba, Panamá y Perú. En tres constituciones, la colombiana, la costarricense y la nicaragüense, el derecho ambiental se encuentra bajo el acápite de “Derechos Colectivos”, en Colombia; de “Derechos y Garantías Sociales”, en Costa Rica de “Derechos Sociales”, en Nicaragua. En la Constitución de Brasil el derecho a un ambiente ecológicamente balanceado se encuentra bajo el Título del “Orden Económico y Financiero”, Capítulo VI Sobre el Ambiente; en la Constitución peruana este derecho se encuentra en el capítulo sobre Recursos Naturales. Las constituciones de Argentina y Brasil consagran expresamente el principio de equidad intergeneracional. Preceptos sobre la preservación de la biodiversidad se encuentran en las constituciones de Brasil y Colombia.

La calificación constitucional del derecho al ambiente

El derecho humano al ambiente debe reconocerse como un derecho fundamental, inherente a la condición del ser humano⁴⁵

⁴⁵ “Los derechos humanos son una clase especial de derechos, los derechos que uno tiene simplemente por que uno es un ser humano. Ellos son, por lo tanto, derechos morales del orden más elevado.” Jack Donelly. 1989. *Universal human rights in theory and practice*. Cornell University Press, 20.

José María Borrero Navia

e indispensable para alcanzar una vida humana en dignidad.⁴⁶ Es fundamental por cuanto el ejercicio pleno del derecho a un ambiente saludable es esencial para el ejercicio de todos los otros derechos. Aunque el derecho a un ambiente sano no fue expresamente reconocido en el texto original de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, fue posteriormente consagrado en El Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos (1988) y en La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) y en otros instrumentos de derecho internacional. De este reconocimiento puede declararse la universalidad del derecho a un ambiente sano, cuyo ejercicio es indivisible e interdependiente⁴⁷ de los otros derechos humanos y, particularmente, del derecho fundamental a la vida humana y a la consecuente protección de la persona humana en su salud e integridad física.

El derecho a un ambiente sano es fundamental⁴⁸ porque es humano.⁴⁹ Ello significa que su valor fundamental no tiene fuente distinta a su *consustancialidad* con el ser humano, que, forjado en un crisol de avatares⁵⁰ biológicos, históricos, sociales y

⁴⁶ “Los derechos humanos se ‘necesitan’ no para la vida sino para una vida en dignidad; como las convenciones internacionales de derechos humanos lo han declarado, los derechos son inherentes a la persona humana.” Jack Donelly, *Universal human rights...*, 17.

⁴⁷ El Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de Junio de 1993, en su Párrafo 3o. consagra que:

“Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa.” Naciones Unidas, Asamblea General, A/CONF.157/DC.1/ADD. I. Junio 24, 1993, p. 5.

⁴⁸ Bellver, *Ecología: de las razones a...*, 231-232.

⁴⁹ “La dignidad humana, cuya realización es el propósito de los derechos humanos, no puede ser reducida a las dimensiones comprendidas dentro de una corta o estrecha lista de derechos humanos básicos. Todos los derechos humanos son *derechos básicos* en el sentido fundamental de que violaciones sistemáticas de cualquier derecho humano impiden la realización de una vida humana plenamente digna, es decir impide el disfrute de las condiciones mínimas necesarias para una vida digna de un ser humano”. Jack Donnelly, *Universal human rights...*, 41.

⁵⁰ “La relación entre naturaleza humana, derechos humanos, y sociedad política es dialéctica. Los derechos humanos le dan forma a la sociedad política, así como forjan a los seres humanos y realizan las posibilidades de la naturaleza humana, la cual provee las

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

axiológicos, irremediablemente perdería su condición humana si fuese despojado de sus derechos fundamentales.

Tres de las constituciones latinoamericanas⁵¹ han consagrado el derecho a un ambiente sano en el capítulo correspondiente a los derechos y garantías individuales, confiriéndole un estatus idéntico al de los restantes derechos humanos fundamentales reconocidos en el respectivo texto constitucional, y concordantes con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Según Bellver⁵² a medida que los Estados fortalecen su democracia tanto política como social, los derechos fundamentales cambian de estatus dejando de entenderse como *Staatsschranken* (límites de la acción estatal) caracterizados por una función prioritaria de defensa (*Amwehrfunktion*), para asumir el papel de auténticos *Staatszwecke* (fines de la acción estatal) a través de la garantía de la participación (*Teilnahmefunktion*) de los ciudadanos en diversas esferas de la vida social, económica y cultural.

Justicia constitucional

La consagración de los principios constitucionales no es suficiente por sí misma para garantizar el ejercicio pleno del derecho o precepto que su texto consagra. Ello es especialmente cierto cuando se trata de aquellos textos constitucionales concebidos como agenda programática del Estado,⁵³ los cuales están expuestos a convertirse en meros testimonios del fracaso para garantizar el respeto por el mandato constitucional. En la convulsiona- da historia de los países de América Latina muchas constitucio-

bases para que estos derechos estén en el primer lugar. La naturaleza humana, en el contexto de los derechos humanos, comprende elementos naturales, sociales, históricos y morales; esta naturaleza, si bien es condicionada, no es completamente determinada por los procesos históricos objetivos." Jack Donelly, *Universal human rights...*, 19.

⁵¹ Las constituciones de Chile, Ecuador y Paraguay.

⁵² Bellver, *Ecología: de las razones a...*, 236.

⁵³ "Si el Estado percibe su Constitución como un proceso, en ella predominarán preceptos programáticos. Tal Constitución es un programa para el futuro, que debe convertirse gradualmente en realidad. Este tipo de Constitución puede ser caracterizada como democrática-radical" Ernest Brandl *et al.*, *Constitutional entrenchment...*, 83.

José María Borrero Navia

nes han sido promulgadas y derogadas durante dos siglos de vida republicana.⁵⁴

Los modelos constitucionales dominantes en América Latina han permanecido anclados, durante casi dos siglos, entre otras ficciones jurídico-políticas, en el mito de la separación de los poderes públicos, la democracia representativa y el abismo estructural entre Estado y actores subalternos de la sociedad civil. Estos modelos de estirpe mecanicista oficiaron como marco jurídico-político del sojuzgamiento de la naturaleza, y legitimaron todas las expoliaciones de la oferta ambiental en nombre de “esa orgía de imbecilidad llamada progreso” (Huxley).

En el contexto continental no existen constituciones ecológicas. Teóricamente, una constitución ecológica obraría cambios en la estructura jurídico-política de una sociedad ecológica, la cual estaría fundada en un ideario de justicia ambiental, respeto intergeneracional del fideicomiso planetario y reinvenCIÓN política y estética del cuerpo social para inducir, más tarde o más temprano, una organización jurídico-política no jerarquizada, desagregada, contingente y permeable a la dinámica de sus actores sociales.⁵⁵

Una constitución ecológica no es aquella que incorpora enunciados sobre la protección ambiental, los derechos y obligaciones con el ambiente, entretanto su propio texto perpetúa una forma

⁵⁴ “Más de doscientas (la cifra exacta es causa de dudas hasta para los mismos especialistas en la materia –constituciones de dudosa aprobación, cambios constitucionales que en realidad eran vuelta a un antiguo texto; una misma constitución para diferentes países, etc.–) para un conjunto de veinte repúblicas, algunas de las cuales en determinado momento han adoptado forma de reino, o para ser más exactos, de imperio –Haití, México y Brasil– como forma de Estado. Una media de más de diez constituciones por país. Media que se ve superada por los casos de Haití, con veintitrés constituciones, Venezuela con veintidós, Bolivia con diecinueve, República Dominicana con quince, o Perú con trece.” Juan Maestre Alfons. 1987. *Constituciones y Leyes Políticas de América Latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial*, Sevilla: Instituto de Cooperación Iberoamericano-Comisión Nacional V Centenario, 6.

⁵⁵ En *Pensamiento Ecológico y Crisis Global*. FIPMA/CELA, 1992, intenté una descripción de comunidades autónomas y auto gestionarias, libres de jerarquías y controles burocráticos, fundadas en la autodeterminación de la “democracia cara a cara”, perfiles que identificarían a ideales sociedades “ecológicas”.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

nación-Estado inscrita en instituciones y ficciones judiciarias de estirpe mecanicista, o deja intactos aparatos de Estado claramente antiecológicos como la institución militar. No existe mayor destrucción ecológica que aquella generada por la violencia militar. Una nación que auspicia la industria de la barbarie,⁵⁶ a la cual legitima a través de aparatos de Estado concentracionarios y no-convivenciales, está estructuralmente impedida para devenir en sociedad “ecológica”.

Una constitución no es ecológica por cuanto exhiba en su texto más o menos disposiciones sobre el ambiente o los recursos naturales. El enverdecimiento de los textos constitucionales podría conducir más hacia el fortalecimiento institucional de controles burocráticos sobre los inventarios de la diezmada oferta ambiental, que a la adopción de estilos sostenibles y autónomos de producción y vida. Tampoco contribuirá a la promoción de una cultura para la reinvención del cuerpo social en términos ecológicos. En tanto la nación-Estado perpetúe su adhesión a instituciones concentracionarias no-ecológicas, los textos ambientales constitucionales estarían expuestos a no mitigar los conflictos en el cuerpo social, contribuir a la agudización de los existentes y menguar la capacidad de los diferentes actores sociales para resolverlos. La oposición entre el propósito del texto constitucional y un estilo político-económico no-ecológico, encarnado tanto en la estructura del Estado como en la práctica cotidiana y realidad económica de una nación, y por añadidura, consagrado en otros capítulos de la constitución, convierte a la norma constitucional en mera acta del fracaso, testimonio de loables propósitos incumplidos. A la postre, la retórica legislativa enverdecida desgasta el ideario del pensamiento ecológico, interrumpe su incursión en el imaginario colectivo como signo de reinvención social y, finalmente, le despoja de todo su sentido renovador.

Para conjurar esa expectativa de fracaso, o al menos mitigarla, la justicia constitucional es un remedio adecuado. La justicia constitucional comprende los mecanismos consagrados por la

⁵⁶ José M. Borrero. 1994. *La deuda ecológica, testimonio de una reflexión*. Cali: FIPMA.

José María Borrero Navia

propia la Constitución para proteger al ciudadano de eventuales vulneraciones o amenazas a sus derechos (de primera, segunda o tercera generación) por acción u omisión de la autoridad pública y, excepcionalmente, de particulares.

Acciones de justicia constitucional

Peces Barba ha señalado que los derechos fundamentales sólo tienen sentido si el Estado establece dos garantías básicas para el ejercicio pleno, a saber: la existencia de condiciones socioeconómicas, culturales y políticas que favorezcan su ejercicio; y la protección judicial de los mismos. “Toda norma de Derecho positivo realmente existente necesita de los tribunales de justicia, para que su titular pueda acudir en demanda de protección en caso de desconocimiento por un tercero. Los derechos fundamentales no son una excepción a esta regla. Si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe.”⁵⁷

En la constelación de acciones públicas consagradas por las constituciones en América Latina se distinguen especialmente la *Acción Popular*, la *Acción de Cumplimiento* y la *Acción del Amparo*⁵⁸ o *Tutela*.⁵⁹ Esta última sobresale como mecanismo excepcio-

⁵⁷Gregorio Peces-Barba. 1973. *Derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid: Gaudiana.

⁵⁸Con el nombre de *Amparo* o *Juicio de Amparo* se designa en México el recurso o procedimiento judicial a seguir para “amparar” a cualquier ciudadano en el ejercicio y conservación de sus derechos fundamentales. En las Actas de la Reforma Constitucional de 1847, fue consignado el recurso de los siguientes términos: “Artículo 25. Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceden esta constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados, limitándose dichos tribunales a la protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare.” El recurso de *Amparo* fue consagrado definitivamente en la Constitución de los Estados Mexicanos de 1857, en sus artículos 101 y 102. Carlos Arellano García. 1983. *El Juicio de Amparo*. México: Porrúa, 118, 121.

⁵⁹El *Recurso Constitucional de Protección* está consagrado en el artículo 20 de la Constitución de Chile, que a su texto reza: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

nal de justicia constitucional para proteger exclusivamente los derechos fundamentales.

En relación con los derechos ambientales, la legitimidad de las personas para incoar la *Acción de Tutela* está condicionada a la jerarquía conferida a este derecho en el respectivo texto constitucional como *derecho fundamental*. Si el enunciado constitucional le asigna un nivel distinto al fundamental, el procedimiento para invocar su protección será, por regla general, diferente al *Juicio de Amparo o Acción de Tutela*.⁶⁰ Si el derecho al ambiente no tiene, en la respectiva Constitución, categoría de derecho fundamental, el titular del derecho no tendrá acceso a la *Tutela o Amparo*, como vía excepcional para garantizar protección inmediata a sus derechos fundamentales a través de un trámite sumario.

Los mecanismos de justicia constitucional⁶¹ han estimulado la democratización del acceso a la justicia como vías efectivas y eficientes para garantizar la protección de los derechos fundamentales. En varios países de América Latina existen ejemplos ilustrativos al respecto.⁶² En Colombia la acción de tutela ha propiciado una verdadera revolución jurídica como procedimiento excepcional para garantizar protección inmediata de los derechos fundamentales a través de un trámite sumario. En relación con el derecho a un ambiente sano, si bien la Constitución de 1991 le

nombre, a la Corte de Apelaciones respectivas, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer la autoridad o los tribunales correspondientes.”

⁶⁰ Por Ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991, consagra en su artículo 88 la *Acción Popular* como procedimiento para la protección de los derechos colectivos.

⁶¹ Según Correa, citado por Julio C. Rodas Monsalve, existen 11 instrumentos: la acción de tutela, las acciones populares, la acción de cumplimiento, el derecho de petición, la responsabilidad civil, la acción contenciosa, la acción penal, las sanciones fiscales y las acciones de policía. *Fundamentos Constitucionales del Derecho Ambiental Colombiano*. Bogotá: Tercer Mundo, Ediciones Uniandes. 1995.

⁶² Conocemos experiencias en Costa Rica, Chile, Perú, Ecuador, entre otros países de América Latina. El análisis comparativo de sentencias proferidas por Cortes Constitucionales y Cortes Supremas de América Latina en acciones constitucionales excede los límites de este artículo. En mi libro *Los Derechos Ambientales. Una Visión desde el Sur*, incluí un acápite sobre la materia.

José María Borrero Navia

clasificó como derecho colectivo y por ello no susceptible de ser protegido mediante la *acción de tutela*, la Corte Constitucional, en trascendental decisión doctrinaria, prescribió los requisitos para obtener la protección del derecho a un ambiente sano, previa ponderación por parte del juez de tutela del caso *sub judice* haciendo uso de la *regla de conexidad*, según la cual, “en aquellos casos en los cuales, de la vulneración del derecho a gozar de un ambiente sano resulte vulnerado igualmente un derecho constitucional fundamental, procede la Acción de Tutela como mecanismo judicial de protección del derecho colectivo al medio ambiente”.⁶³

Aunque el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a un ambiente sano requiere investigaciones y estudios especiales,⁶⁴ debe señalarse que las sentencias de la Corte Constitucional surtidas en revisión de fallos de primera y segunda instancia, han demostrado que la *Acción de Tutela* es un mecanismo idóneo para garantizar la protección de los derechos ambientales en Colombia. No sólo se ha consolidado una institución judicial de probada eficacia. De otra parte, el reconocimiento efectivo del derecho a un ambiente sano, el ejercicio de la *Acción de Tutela* y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han sido factores definitivos en la configuración de un nuevo estatus del Derecho Ambiental en Colombia. Es posible prever que en su nueva etapa, el Derecho Ambiental se transforme en una herramienta de cambio cultural contribuyendo a mitigar la crisis global del ambiente y superando una civilización que engendra violencia contra la naturaleza y los seres humanos.

Marco legal ambiental

Entre los diferentes países del continente no existe uniformidad en cuanto al grado de desarrollo de sus instrumentos legales y de política ambiental. Esta diferencia se extiende a todos los

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-231.

⁶⁴ Hice referencias a algunos fallos de la Corte Constitucional en *Los derechos ambientales. Una visión desde el Sur*.

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

niveles de la jerarquía normativa y a las múltiples materias reguladas. La adopción de una ley nacional del ambiente por el respectivo Estado, el nivel de participación ciudadana en la gestión ambiental, los mecanismos de implementación de las normas ambientales, los parámetros de responsabilidad ambiental, pueden ser, entre otros, indicadores para determinar la madurez o desarrollo del sistema jurídico ambiental en un país dado. Especialmente la adopción de una ley orgánica o ley marco ambiental es una medida básica que los países deben tomar a fin de garantizar la existencia de un sistema jurídico coherente de política y gestión ambiental. A este respecto puede afirmarse que las diferencias se han disipado en la última década, pues cada vez un mayor número de países exhibe su propia ley nacional del ambiente.

En el contexto continental han adoptado un Marco Nacional Ambiental Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, México, Panamá, Perú, Venezuela. Cronológicamente, el primer país en formular una ley marco de legislación ambiental fue Colombia, al promulgar su Código Nacional de los Recursos Naturales y Protección al Medio Ambiente en 1974,⁶⁵ el cual ha sido calificado como la primera ley omnicomprensiva del mundo.⁶⁶

Esquemáticamente es posible enunciar algunos de los avances más significativos registrados en las leyes ambientales marco de los diferentes países de la región. Es relevante la tendencia a consolidar una caracterización del conjunto constituido por los enunciados normativos, las instituciones y actores sociales de la gestión ambiental como *Sistema Ambiental*. En este sentido se distingue el concepto de *Sistema Nacional Ambiental* enunciado en la Ley 99 de 1993 de Colombia como el “conjunto de principios, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales ambientales”, en el cual concurren no sólo los principios y nor-

⁶⁵ M. Serres, *Le contrat naturel*.

⁶⁶ Guillermo J. Cano. 1987. Legislación latinoamericana (excluida la Argentina) sobre contaminación Ambiental Antrópica, Mendoza, Argentina: Fundación ARN, 9-10.

José María Borrero Navia

mas marco de política ambiental sino las organizaciones comunitarias y no gubernamentales, lo mismo que las instituciones del Estado y los recursos y fuentes económicas para financiar la gestión ambiental.

Otro avance significativo ha sido la definición que las leyes nacionales del ambiente hacen de los principios de política ambiental y la institucionalización de medidas e instrumentos para su implementación. Especial mención merecen, entre otros, el principio precautorio y la evaluación del impacto ambiental; el concepto de gestión ambiental como un ejercicio democrático, participativo y descentralizado y la internalización de los costos ambientales en los procesos productivos.

Por regla general se han ampliado, al menos nominalmente, los mecanismos de participación ciudadana en las instancias de la gestión ambiental a través del estímulo a la creación de organismos comunitarios y no-gubernamentales, del apoyo a las tareas de veeduría ambiental ciudadana, del establecimiento de procedimientos como la consulta previa a comunidades y la audiencia pública en el trámite de licencias ambientales de proyectos u obras de infraestructura y, finalmente, del ejercicio de los derechos de petición y de información.

Poniendo el acento en la funcionalidad de las normas y derechos, los países de la región han avanzado en el uso de mecanismos de implementación,⁶⁷ tales como el monitoreo, la inspección, los reportes periódicos, la negociación con individuos y operadores de plantas industriales para desarrollar métodos aceptados conjuntamente de gestión y cumplimiento de las disposiciones

⁶⁷ De acuerdo a los principios de implementación ambiental aprobados en tres conferencias internacionales celebradas en esta década (Utrecht, Holanda, mayo 1990; Budapest, Hungría, septiembre de 1992; y Oaxaca, México, 1994) para encontrar medios efectivos de aplicación de las leyes ambientales, “*La implementación comprende el conjunto de acciones que los gobiernos y otros actores sociales adelantan para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y corregir o suspender situaciones que amenazan el ambiente o la salud pública.*” Third International Conference on Enforcement, abril 25-28, 1994. Oaxaca, México 15-16 (Jo Gerardu & Cheryl Wassermann, eds., 1994).

Derecho ambiental y cultura legal en América Latina

ambientales.⁶⁸ Inclusive se vienen haciendo ensayos de legislación negociada, es decir, redefiniendo el proceso de formulación de normas ambientales mediante la consulta y negociación con los actores sociales implicados.

Respecto a las tarifas legales de responsabilidad por ecocidios y daños ambientales se ha prescrito la responsabilidad objetiva y la presunción de responsabilidad asociada a actividades peligrosas o de riesgo ambiental. También se ha contemplado el establecimiento de la responsabilidad solidaria en casos de concurrencia de agentes contaminadores, así como la inversión de la carga de la prueba para el demandado contaminador. Otro perfil no menos importante será avanzar en la determinación de la tarifa probatoria, especialmente del nexo causal en los casos de contaminación y daño ambiental.

La ampliación de los mecanismos de control y la definición precisa de sanciones administrativas y medidas preventivas es un rasgo sobresaliente de la administración ambiental. La normativa penal ecológica se viene perfilando como un campo especializado del Derecho Penal y la política criminal en medio ambiente es tema significativo en la agenda académica. Se registra la incidencia del derecho penal ecológico en cambios trascendentales de los principios del Derecho Penal y, especialmente, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, recientemente reconocido.⁶⁹

Representan estos avances una verdadera inserción del Derecho ambiental en el paradigma ecológico? ¿Son portadores de valores e instrumentos para la renovación de los sistemas jurídicos, la reinvención cultural y el cambio de civilización? ¿Acaso contribuyen a la democratización social y política de nuestras sociedades?

⁶⁸ En una publicación previa, “Ideario de un derecho penal mínimo en medio ambiente”, en Control Social y Política Criminal en Medio Ambiente, Cali: FIPMA/CELA, 1998, he descrito en detalle los diversos mecanismos y procedimientos de implementación.

⁶⁹ Me refiero especialmente a la Sentencia C-320 del 30 de junio de 1998, proferida por la Corte Constitucional Colombiana.

José María Borrero Navia

Sin lugar a dudas registramos avances modestos en la formación de una cultura legal ambiental en América Latina. Sin embargo, la tendencia dominante ha sido la colonización de las normas ambientales por el sistema prevaleciente del centralismo jurídico. A la postre todo parece haber concluido, como afirma Garrido Peña, con la adición de nuevos bienes jurídicos, nuevas técnicas periciales, algunos cambios procesales y la tipificación de nuevas conductas delictivas.

La tendencia colonizadora, aunque dominante, es sólo una. Con ella coexisten otras expresiones del Derecho y de la cultura que anuncian y enuncian los “nuevos sentidos civilizatorios”.⁷⁰ Es posible prever que acontecimientos tales como el reconocimiento del derecho al ambiente, su consecuente consagración en las Constituciones de América Latina y el uso de instrumentos de justicia constitucional para proteger su legítimo ejercicio, contribuirán a forjar el sentido de dignidad humana de los latinoamericanos en todos y cada uno de sus contextos sociales, culturales, económicos o políticos, como condición *sine qua non* de una existencia vivida en los ambientes del planeta y compartida con los otros seres de la biosfera.

⁷⁰ Expresión empleada por Enrique Leff durante el Coloquio sobre los Nuevos Derechos Ambientales, Culturales y Colectivos de las Américas. México, D. F., noviembre, 1998.

2

DIVERSIDAD Y GLOBALIZACIÓN: LOS DERECHOS EN SU LABERINTO

Ramón Torres Galarza *

Los derechos colectivos. El derecho de todos y de uno

Nuestro modelo de Estado en América intentó constituirse fallidamente a imagen y semejanza del Estado europeo. No surgió como vulgar copia sino como una imposición del dominio que negó la diversidad existente. Los criollos buscaron mediante la idea del “orden y el progreso” legitimar su afán homogeneizador.

Luego, en el Estado colonial, las formas de organización territorial de la ciudadanía y de la economía se desarrollaron con el objeto de consolidar ese interés hegemónico que dio origen a nuestros Estados; jamás esta forma de Estado fue construida como una “síntesis activa de la nación”.

Surgió así una forma de Estado no correspondiente con la sociedad y la nación. Este modelo unilateral del Estado se torna adicionalmente excluyente cuando es condicionada su existencia a su capacidad de inserción en la economía internacional. Así, el ejercicio limitado de soberanía nace como una patología congénita que impide su crecimiento y desarrollo.

Esta característica de origen de la forma de Estado impuesto

* Confitask. Quito, Ecuador.

Ramón Torres Galarza

en América se diferencia de manera evidente del carácter y modelo de soberanía política, territorial y ciudadana desarrollado en Europa. El nacimiento y crecimiento del Estado en América se caracterizó por no representar los intereses plurales de nuestras naciones y por la exclusión de algunos de los elementos más representativos de ellas, es decir los pueblos indígenas y las comunidades locales, el reconocimiento y ejercicio de derechos dependía de la forma en que estos sectores se relacionaban con el Estado y, éste reconocía o legitimaba su existencia como ciudadanos.

No interesa desconocer o negar la importancia de contar con una racionalidad organizativa y jurídica del Estado que garantice su unicidad y articulación homogénea; lo que resulta evidente es el establecimiento de un modelo premeditadamente excluyente.

Los derechos individuales y colectivos, su carácter y naturaleza se definen en relación con la correspondencia y consecuencia con las formas de organización del Estado y la Sociedad, es decir, son fruto de la cultura, y de las normas de convivencia, regulación y control social determinadas hegemónicamente y asumidas individualmente. La capacidad de ejercer derechos cobra trascendencia y posibilidad si se contextualiza en una serie de instituciones y procedimientos amparados por el Estado, y adquieren vigencia plena cuando en su ejercicio se expresan valores compartidos, reales y simbólicos de los modos de vida asumidos socialmente.

Hoy, entran en crisis las concepciones que buscaron y buscan reducir la significación e importancia de la cuestión étnica, como un problema exclusivo de los pueblos y comunidades indígenas, por cuanto a la dimensión étnica se necesita repensarla como parte de la solución para la sociedad y el Estado en su conjunto.

Los nuevos paradigmas de la globalización y del libre mercado promueven procesos de reforma del Estado que se organizan y definen desde una renovada voluntad de homogeneización y uniformidad que pretende negar la diversidad étnica, cultural y ambiental de nuestros pueblos, estados y naciones. Esta vocación negadora de la diversidad se basa en el supuesto de que la

Diversidad y globalización: los derechos en su laberinto

globalización sólo es posible si desconoce las diferencias.

La negación de la diversidad produce efectos que tienen que ver fundamentalmente con el desconocimiento de los derechos políticos, económicos, ambientales y culturales de los pueblos indígenas y las comunidades locales. Éstos han desarrollado formas de organización, estrategias de supervivencia, costumbres, saberes de conservación, formas de producción y productividad que indudablemente hoy forman parte del mercado pero que al ser generados desde culturas distintas, buscan ser parte del mercado conservando identidad.

Los derechos colectivos fundamentales para que los indígenas puedan seguir existiendo como pueblos tienen que ver fundamentalmente con:

- El reconocimiento de los derechos individuales y colectivos a la tierra y los territorios que les permitan garantizar su existencia y continuidad histórica, en correspondencia con el uso, goce, administración y control sobre los recursos naturales en ellos existentes.
- El reconocimiento del derecho a ciertas formas de autonomía, de jurisdicción y de competencia, que en sus tierras, territorios o circunscripciones les permitan ejercer sus formas de autoridad para el mantenimiento de su cohesión étnica.
- El respeto, protección y valoración de su identidad, cultura y lenguas en el marco de procesos y garantías para el desarrollo de relaciones de coexistencia intercultural.
- La definición de formas de organización del Estado que incorporen la dimensión étnica en los procesos de descentralización y desconcentración, que garanticen y promuevan el desarrollo social de los pueblos indígenas, conservando su identidad cultural.
- El establecimiento de políticas públicas que permitan al Estado generar sinergias en el conjunto de sus instituciones para la gestión eficaz de lo étnico.

Por estas características, la reforma del Estado, del derecho de la economía tienen que considerar como una de sus variables

Ramón Torres Galarza

más trascendentales la cuestión étnica. Dicho de otro modo, la vigencia y ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sólo son posibles y viables si su contexto y correlación se determina respecto de los actuales procesos de modernización y reforma del Estado.

Así, la disputa por la reforma y modernización del Estado desde intereses democráticos, incluyentes y plurales supone redefinir caducas formas de relación social y jurídica marcadas por concepciones que identifican la diversidad como amenaza y no como oportunidad para el desarrollo. Exige también que algunas organizaciones indígenas asuman, expliciten e implementen los valores con que la democracia aporta a la diversidad.

El reconocimiento mutuo entre los pueblos indios y el Estado en medio de sus procesos de reforma, permite superar visiones de integración o de secesión definidos desde comprensiones determinadas por un fundamentalismo homogeneizador o desde un fundamentalismo indigenista.

Esta nueva relación intercultural requiere, evidentemente, de cambios profundos en ciertas concepciones de algunas de las organizaciones indígenas que les permitan superar las actuales formas de actuación gremial y transitar hacia formas genuinas para representar derechos, necesidades e intereses de sus pueblos y comunidades. Solamente así se podrán desarrollar capacidades y experiencias que demuestren los aportes fecundos con que la diversidad aporta a la democracia.

La oportunidad para que la diversidad contribuya al desarrollo se logrará con la determinación de políticas que definidas desde el Estado, es decir, como políticas públicas asumidas y valoradas socialmente, garanticen el principal derecho que hoy deben reivindicar los indígenas, es decir, su derecho a existir como pueblos, como comunidades, como culturas, como formas de vida distintos, pero iguales en derechos y obligaciones.

Así el derecho a la diferencia debe ser ejercido en relación con la correspondencia a la obligación de reconocer una identidad compartida y preservada con el conjunto de valores actuales y

potenciales de nuestra democracia en reforma.

Identidad y diferencia constituyen las claves que definen el sentido del tránsito entre la diversidad étnica y la pluralidad social hacia el imprescindible desarrollo global.

Los derechos ambientales. El derecho a transformar conservando

Conservar con gente parece ser la única posibilidad de sacar al concepto de desarrollo sostenible de su condena retórica.

Hasta ahora cierta teoría conservacionista ha formulado la tesis de que los objetivos de preservación de la naturaleza sólo son posibles si se limitan las formas de influencia humana. Esta afirmación puede ser una certeza si la evolución de la naturaleza no hubiere generado la existencia humana, pero, como por dicha lo hizo, las formas de relación del hombre con la naturaleza siguen siendo imprescindibles.

La posible correspondencia de los objetivos de la conservación con el interés por el desarrollo humano exige la definición de nuevos derechos y obligaciones ambientales. La mayoría de la legislación ambiental vigente en nuestros países consagra limitadamente derechos y obligaciones de la gente sobre y con el ambiente. La mayor parte del dispositivo normativo apunta a excluir las relaciones sociales de su interacción ambiental. Lo socio-ambiental es todavía una categoría en abstracto.

De ahí que el derecho debe buscar redefinir las formas de relación del hombre con la naturaleza, mediante la determinación de regímenes especiales que consagren los bienes ambientales y culturales como de interés público, estableciendo viables y compartidos mecanismos de regulación, control y equidad definidos desde el interés de garantizar la función socio-ambiental de la propiedad.

Por cierto, no se trata de fortalecer roles omnímodos del Estado, sino de reconocer que la tendencia a la desregulación y a la limitación de funciones, en el caso del ambiente y de su relación

Ramón Torres Galarza

con los derechos y obligaciones humanas, debe orientarse a eliminar usos monopólicos, especulativos o de ensimismamiento cultural sobre el ambiente.

Por ejemplo, en el caso de los pueblos indígenas y de algunas comunidades locales, su cultura puede ser conservada y desarrollada, si se logra mantener y cualificar el vínculo existente entre tierra, territorio y recursos naturales, en la concreción y respeto de este tríptico conceptual, se define la posibilidad de que los indígenas puedan seguir existiendo como pueblos, como culturas, como formas de vida y de relación distinta con la naturaleza.

Analicemos algunos ejemplos y datos del Tratado de Cooperación Amazónico, sobre esta realidad:

- El volumen de tierras transferidas legalmente a los indígenas de la Cuenca Amazónica cubre una superficie aproximada de 1 042 929 km (104 292 972 ha) para beneficio de 485 135 indígenas, que representan 53% de la población indígena de la Región; es decir, 429 556 personas no poseen todavía ninguna seguridad jurídica sobre su tierra; por tanto, a 46.97% de la población indígena no se le ha reconocido sus derechos fundamentales.
- En la totalidad de los países amazónicos los recursos no renovables y del subsuelo son de exclusiva pertenencia de los Estados. En cuanto al uso de los recursos no renovables, las normas otorgan en general a los Estados un poder discrecional para disponer el aprovechamiento que consideren más útil y conveniente.
- En relación con la propiedad sobre los recursos naturales renovables existe una gran disparidad en los ordenamientos legales; ninguna de las legislaciones determina con claridad que los indígenas sean dueños de esos recursos.
- En el caso de Brasil, Surinam y Perú, el Estado se reserva el pleno dominio de todos los recursos en toda clase de tierras; en los casos de Ecuador y Venezuela estos recursos en todas aquellas tierras cuyo dominio aparezca a nombre del Estado, pertenecen también al Estado; en el caso de Bolivia los bos-

Diversidad y globalización: los derechos en su laberinto

ques y tierras forestales constituyen patrimonio del Estado y son bienes de utilidad pública, cualquiera sea su régimen de propiedad.

- Acerca del uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en los territorios indígenas, los ordenamientos legales se organizan en tres grupos: un primero, el de aquellos países como Bolivia, Brasil, Colombia y Perú, cuyas normas atribuyen a las poblaciones indígenas el uso exclusivo de tales recursos; un segundo, el de Ecuador y Guyana cuyas legislaciones, sin señalar la exclusividad del derecho indígena, disponen que el aprovechamiento se hará sin mengua de los derechos y posibilidades de los indígenas, lo que parece traducirse en el entendimiento de un aprovechamiento compartido, como un derecho preferencial para los indígenas, y la de Surinam y Venezuela, cuyas normativas no consagran ninguna disposición.

En los países amazónicos casi la totalidad de áreas protegidas o parques nacionales han sido figuras superpuestas sobre tierras o territorios indígenas; las concesiones mineras, petroleras o madereras han violado o limitado los derechos a la tierra y al territorio de pueblos y comunidades y obviamente han generado impactos socio-ambientales irreversibles.

Algunos de los objetivos de la conservación pueden ser cumplidos si se preservan modos de vida y culturas que guardan relaciones de coexistencia con la naturaleza. La matriz colectiva de la cultura de los pueblos indígenas surgió principalmente de los modos de adquirir, conservar y trasmitir sus conocimientos, que generados ancestralmente y codificados culturalmente, se transfieren a quienes poseen capacidades para preservar su naturaleza y origen.

Hoy, la expropiación o desvalorización de esos conocimientos, el cambio del oro por los espejos, afecta de manera directa y definitiva a la subsistencia y coexistencia de la cultura indígena; ésta constituye una de las claves para descifrar la naturaleza colectiva de los derechos ambientales y culturales de los pueblos indígenas.

Ramón Torres Galarza

La recuperación y desarrollo de los conocimientos indígenas hoy enfrenta, por un lado, la banalización o el sobredimensionamiento más burdos por parte de algunas organizaciones o individuos, y por el otro, el interés que cada día se concreta con mayor eficacia, para consagrar regímenes de propiedad intelectual fundamentados exclusivamente en derechos individuales.

Los regímenes vigentes desconocen la naturaleza de los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de los pueblos sobre la naturaleza, su carácter da lugar a la existencia de otras formas colectivas y comunitarias de propiedad intelectual.

Es incuestionable que existe un conflicto que pone en tensión los derechos humanos de muchos pueblos y comunidades frente a los objetivos del Estado para la conservación y el desarrollo, y a los objetivos del desarrollo tecnológico y la inversión privada; el centro del conflicto se constituye con el hecho de que aún no se logra reconocer, proteger y valorar el significado de estos modos de vida y cultura de coexistencia con la naturaleza y lo que aportan a los objetivos del desarrollo sostenible.

No se trata de elevar a categoría de dogma o culto la forma de relación de los indígenas con la naturaleza, porque sería un concepto incompatible con la idea del desarrollo sostenible; de lo que se trata es de generar nuevos contenidos menos universales y totalizadores de verdades reveladas y más flexibles, capaces de expresar y representar el fabuloso mundo de las diversidades.

Entonces, hoy no basta reivindicar el derecho a la tierra como garantía de existencia y continuidad histórica de los pueblos y comunidades; hay que desarrollar los nuevos vínculos que el ejercicio de este derecho tiene con los derechos y obligaciones ambientales, así como la capacidad para ejercer ciertos derechos económicos sobre el ambiente y, paralelamente, demostrar cuáles son los beneficios que la sociedad en su conjunto recibe de esta forma de relación y administración de la naturaleza.

Por cierto que esta pretensión es absolutamente contradictoria con el afán establecido para imponer regímenes de libre acceso sobre los recursos de la naturaleza, o de subordinar el interés de todos al interés de unos.

Los derechos culturales. Entre lo propio y lo ajeno

El proceso de globalización busca constituir identidades homogéneas que anulan el derecho a la diferencia. Así, la capacidad de ejercicio real de ciertos derechos se define en función de sus niveles o posibilidades de integración al mercado.

Consumo luego existe, parece ser la lógica que determina la razón de existencia de los ciudadanos de fin de siglo. Evidentemente la lógica de consumo genera, en algunos casos, impactos positivos para las economías desarrolladas y beneficia marginalmente a las que hoy designamos con el nombre de economías emergentes.

Esta característica genera impactos socio ambientales, causa efectos profundos en los modos de vida y de producción, en los comportamientos, en las formas de relación y de valoración social, es decir, que influye irreversiblemente en la cultura.

Si bien el impacto de la globalización sobre la cultura se manifiesta vertiginosamente en casi todos los actos de nuestra vida cotidiana, es indiscutible que vamos asimilando sus implicaciones. El ritmo y la naturaleza de esta mutación cultural, está marcado por la forma individual de valorar y/o criticar sus virtudes y límites. Su carácter y objetivo se materializan sin dar importancia (sino por el contrario, desprecio) a posturas, procesos o sicologías contraculturales.

La dimensión actual del proceso de globalización genera características de inclusión y exclusión que ponen de manifiesto que sus consecuencias positivas aún no son globales. Si el curso de la historia presente está marcado por un exceso de individualización negadora del otro o de lo otro, si la posesión y la competencia se tornan en valores supremos que desconocen el respeto, la tolerancia y la solidaridad, que en el pasado fueron algunos de los elementos constitutivos de nuestra razón social, entonces, ¿cuál es o debe ser el sentido de pensar o reivindicar derechos ambientales, culturales individuales y colectivos?

Frente a los impactos visibles de este proceso, algunas naciones, pueblos y comunidades demandan con dramático realismo

Ramón Torres Galarza

existir en el mercado conservando identidad; el desarrollo económico con identidad cultural parece ser hasta ahora la posibilidad de constituir identidades y diferencias con las tendencias hegemónicas de la globalización.

Transformar y conservar puede ser la alternativa consciente de autoafirmarse, para la recuperación, reconstitución y adquisición de nuevas identidades particulares y globales. El estudio de la sociología social después de muchos años podrá dar cuenta de si asistimos a un momento terrible de esquizofrenia colectiva o si vivimos un paradigmático momento de parir un hombre nuevo y globalizado.

Los derechos culturales son derechos colectivos, se materializan y ejercen en escenarios donde el hombre existe, en tierras y territorios concretos, se desarrollan en las formas de producción y productividad, en su relación con la naturaleza, en las tradiciones y costumbres sobre el uso y acceso a los recursos naturales; es decir, que la cultura nace y adquiere características particulares en los contextos históricos y geográficos donde se genera. Es imposible reivindicar derechos culturales por fuera de la matriz material donde éstos surgen y se concretan. Como también es inevitable y necesario que la cultura se constituya en una interacción con otras matrices civilizatorias. Una de las trampas de fe en las que hemos caído, o que algunos de nosotros hemos ayudado a construir, es aquella de la abstracción maximalista de los derechos en general y en particular de los derechos de los pueblos indígenas. Hoy requerimos una suerte de aterrizaje forzoso en este tiempo, en el que necesitamos definir con claridad y sobre todo viabilidad los derechos culturales. Porque si admitimos en las actuales condiciones, y en este contexto, la falsa disyuntiva entre tradición y desarrollo o modernidad y posmodernidad, optar en favor de una de ellas constituiría una suerte de autocondena para seguir excluidos o para ser excluyentes.

Vivimos el tiempo de una cultura que está por nacer para vivir la diversidad. Los derechos culturales son colectivos e individuales. Para su plena vigencia requieren adquirir nuevos significados y significantes que puedan dar cuenta del cambio en la histo-

Diversidad y globalización: los derechos en su laberinto

ria. La vivencia de la pluriculturalidad requiere la construcción de interacciones interculturales que hallen los puntos de encuentro y desencuentro, necesarios para fecundar una identidad plural e incluyente.

Hoy no tiene sentido reivindicar desde el ensimismamiento razones culturales o étnicas unilaterales, que no expresen la necesidad de un conjunto mucho más amplio de sectores socioculturales. Necesitamos una identidad compartida.

El nuestro es un tiempo de identidades difusas, conservamos partes, pero en su totalidad la identidad está fragmentada. Intentamos definirla al saber nuestro origen, de ahí que la mirada hacia atrás sea necesaria, pero esta mirada regresiva sólo nos sirve en la medida que sepamos hacia dónde vamos; de ahí lo imprescindible de mirar adelante, porque la identidad no puede ni debe ser el culto o el encantamiento por el pasado.

En consecuencia, la construcción de la identidad exige una mirada atrás y otra hacia delante, como la del Diablo Huma –personaje de una fiesta indígena ecuatoriana– ¡Dónde adelante, donde atrás!, repite siempre mientras avanza.

Requerimos de una identidad de origen y de destino, que recupere de lo nuestro, aquello que es trascendente, y que adopte de lo ajeno, aquello que le sea necesario. Así se desarrolla una identidad que se debate entre lo propio y lo ajeno.

Ramón Torres Galarza

3

EL NUEVO DERECHO AGRARIO Y LOS PRINCIPIOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

Ricardo Zeledón Zeledón *

I

Al terminar el siglo y avanzar hacia una época totalmente nueva la vertiginosa evolución del tema del desarrollo sostenible en la conciencia de la comunidad internacional comienza a tener una notable influencia en la aparición de nuevos institutos jurídicos. Se trata de derechos ambientales, culturales y colectivos cuya validez y vigencia comienza a surgir a través de todos los medios de generación de fuentes normativas. El fenómeno es particularmente complejo y difícil de comprender incluso para el mismo jurista. Es la aparición de un cierto tipo de derecho sin normas, o al menos originalmente desprovisto de normas llamado a nutrirse velozmente de todo tipo de disposiciones hasta crear una verdadera disciplina. Porque desde un inicio se percibe una evidente y concreta inexistencia normativa en los ordenamientos, por la falta de previsión del legislador, mientras en la conciencia jurídica hay una marcada presencia de todo tipo de principios como resultado de su continua cristalización en el plano político y cultural cuyo impacto se hace sentir inmediatamente en la realidad jurídica.

* Presidente de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios y magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Ricardo Zeledón Zeledón

En esta forma comienza a operar el surgimiento de múltiples derechos. Pero ese surgimiento opera en forma distinta a como tradicionalmente nacen en el sistema de fuentes. Existen pero no promulgados por el legislador o el constituyente. Derivan simplemente de los principios. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, sólo para citar un ejemplo, aun cuando no se encuentre consagrado expresamente en muchos de los esquemas jurídicos constitucionales, es aceptado y afirmado sin ninguna discusión en el plano jurídico porque constituye un derecho humano de la tercera generación. Su aceptación no requiere expresamente de la participación del legislador constitucional. Existe, es reconocido por la conciencia de la comunidad internacional, y por tal motivo constituye otro elemento del conjunto de derechos fundamentales. Incluso desde la cúspide reverdece todo el ordenamiento e irradia una marcada influencia para permitir la construcción de nuevos institutos.

En las Américas el ámbito donde este fenómeno adquiere mayor relevancia es en relación con el derecho agrario. Esto se constata fácilmente. Emergen múltiples institutos agroambientales como consecuencia de una transformación o metamorfosis de los agrarios por la marcada influencia ambiental. El surgimiento y formación de los nuevos institutos agroambientales opera a través de la jurisprudencia y la doctrina. Frente a la falta o insuficiencia normativa para resolver problemas específicos se recurre a los principios generales del derecho y a los conceptos de la cultura internacional en su afán por crear nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos de carácter agrario.

Por esta razón ambiente y agricultura parecen estar destinados a permitir el surgimiento y formación de originales institutos como consecuencia de la acción transversal del ambiente en todo el esquema jurídico agrario. Consecuentemente uno de los temas de futuro, de mayor interés jurídico, en relación con el surgimiento de los nuevos derechos agroambientales se encuentra constituido por el papel del jurista en la construcción de la nueva disciplina a través de la interpretación e integración del derecho. Porque, independientemente de la labor legislativa, los institutos deberán perfilarse adecuadamente como medio para defenderlos

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

de fenómenos negadores o restauradores de una eventual acción contrastante, y seguir, a su vez, afirmándolos, para incorporarlos al mundo jurídico.

El desarrollo sostenible parece constituir el punto de partida de cualquier análisis. Porque constituye la integración de dos súper derechos de la tercera generación llamados a promover una transformación total en el ámbito agroambiental. Tanto por su reconocido e indiscutible valor internacional, como por la aparición de tantos conceptos nuevos en torno suyo, el impacto del desarrollo sostenible en el ámbito del derecho parece estar destinado a una proyección inimaginable; por ello el punto de partida resulta aconsejable. Pero antes de incursionar en él también es importante señalar algunas de las objeciones planteadas al tema, así como las proyecciones ofrecidas en los últimos tiempos, de donde podrá deducirse toda la labor a impulsar en el futuro.

II

El desarrollo sostenible funda un nuevo y profundo movimiento destinado a facilitar el progreso acelerado de la humanidad. Impacta toda la cultura jurídica. Permite el renacimiento del derecho agrario. Es la evolución de la disciplina hacia el mañana. Las perspectivas permiten prever la introducción de cambios trascendentales. Su misión se dirige a transformar todos los diversos institutos. Se busca nutrirles de contenido real y convertirlos en instrumentos idóneos para el cambio. Los nuevos principios también parecen abrir posibilidades ciertas para una sólida axiología. Su entrada en escena vincula la actividad agraria a las exigencias de la sociedad del futuro.

Porque el desarrollo sostenible es un movimiento concebido por la humanidad para enfrentar los retos del nuevo milenio. Está destinado a permitir el progreso de las diversas concepciones acrisoladas durante el siglo XX. Es la aparición, indiscutiblemente original, de un mega derecho humano muy particular. Resulta de unir el derecho al desarrollo con el derecho al ambiente. Conforma la síntesis más absoluta de la solidaridad porque aglutina

Ricardo Zeledón Zeledón

y fusiona dos derechos humanos de la tercera generación. Se le define como una estrategia de desarrollo cuya columna vertebral es el ambiente.

Ambos temas independientemente, o en su modalidad de desarrollo sostenible, han entrado profusamente en esta última década del siglo en los ordenamientos jurídicos del mundo. En un periodo relativamente breve se conocen reformas constitucionales para institucionalizarlos y también se aprueban leyes de la más diversa índole dirigidas a darles contenido específico. Afec- tan todo el sistema jurídico. No hay una rama del derecho ajena al fenómeno. Es un derecho, o un complejo conjunto de dere- chos, de carácter transversal. Inciden, como si fuera una tinta indeleble, en todo el conjunto normativo. Se manifiestan tanto en el ámbito formal como en el material. Pero principalmente im- pri- men su sólida incidencia en el campo de los valores.

Se trata de un flujo y reflujo de principios universalmente ad- mitidos, reconocidos e impulsados por la conciencia de la comu- nidad internacional. Su más viva expresión se encuentra en las cumbres organizadas por las Naciones Unidas para analizar los más complejos temas de la humanidad.

Tanto el ambiente como el desarrollo nacen separadamente como derechos humanos de la tercera generación en diversa re-uniones de Naciones Unidas. El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado fue planteado por primera vez en Estocolmo, en 1972, y evolucionó posteriormente con la adop- ción de la Carta de la Naturaleza, de Nueva York, en 1982. Por su parte el derecho al desarrollo se consagra en el mismo seno de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1986.

Pero esa génesis programática, en dos ámbitos distintos, con orígenes y proyecciones diferentes, adquiere una fisonomía pro- pia con el Informe Brundtland, en 1987, cuando por primera vez se plantea el tema del desarrollo sostenible.

El Informe Brundtland sirvió de base para la Cumbre de Río de 1992. Ahí los documentos aprobados se dirigen a considerar al ambiente como estrategia para el desarrollo, es decir nace el de-

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

sarrollo sostenible. De allí derivan los principios del conjunto de la Declaración de Principios de la Cumbre de Río 92, la Agenda XXI, la Convención sobre el Cambio Climático, y la Declaración de los Bosques.

Posteriormente el tema ha venido progresando conceptualmente en las diversas cumbres de Naciones Unidas; en ellas el desarrollo sostenible está presente y se reitera. Primero fue la Cumbre de Viena, sobre Derechos Humanos, en 1993; luego se sucedieron la de El Cairo, de Población, en 1994; la de Beijing, referida a la Mujer, en 1995; la de Copenhagen, de Desarrollo Social, en 1995; la de Roma, sobre Seguridad Alimentaria, en 1996, y finalmente la de Kyoto, de Cambio Climático, en 1997.

En todos esos documentos promulgados por las cumbres de Naciones Unidas hay referencias al contenido del derecho agrario. La evolución de los conceptos sólo podrá apreciarse en su conjunto pero el impacto en la disciplina ya ha comenzado a percibirse.

Naturalmente también hay corrientes adversas. Principalmente se ubican en el área del comercio. Porque se ha pretendido restarle protagonismo al desarrollo sostenible en cuanto pudiera constituir un obstáculo para la libre competencia y el desarrollo comercial.

Dentro de estas complejas influencias, referidas al ambiente, al desarrollo y al comercio, deberá definirse el derecho agrario al pasar el umbral hacia el nuevo siglo y el nuevo milenio. Sólo en la justa comprensión de su historia y su futuro podrá evolucionar.

III

Desde luego el desarrollo sostenible es un concepto absolutamente nuevo. Por ello aún hoy tiene adversarios y sufre la incomprendición. Incluso algunos agraristas se han opuesto a los temas del ambiente y el desarrollo. En unos casos por temor a su degradación e incluso a la eventual desaparición. En otros porque no ha habido tiempo para poder prever la forma vertiginosa como se

Ricardo Zeledón Zeledón

está escribiendo la historia. Porque al terminar el siglo, y sobre todo el milenio, la humanidad insiste en sentar las bases arquitectónicas del próximo. Frente a los recientes traumas se enarbolan esperanzas. Pero la construcción resulta extraña y no sólo novedosa.

Las objeciones del derecho agrario derivan de su propio dilema en esta encrucijada histórica. La falta de una solución nítida a los emergentes problemas se transforma en una réplica, negación u oposición a los cambios. Pero el ambiente y el desarrollo parecen avanzar seguros frente a las críticas y condenas.

El análisis de las primeras censuras de la disciplina agrarista a estos dos movimientos aislados permitirá apreciar el contraste. Sólo así se podrá responder satisfactoriamente a las hipótesis problemáticas de la agricultura del próximo siglo. Se deberán determinar las bases de los cambios emergentes y si la resistencia a ellos aún tiene sentido.

IV

Las objeciones de la disciplina agrarista al ambiente no se encuentran en toda su larga historia. Corresponde a los últimos años. Principalmente en la oscura década de los años ochenta.

En un principio la doctrina se mostraba muy segura. Estaba asentada en una sólida base de teoría general. Los temas del ambiente y los consumidores no parecían peligrosos. Los ambientalistas no podían afectar, con su versión agroambiental, las bases científicas del agrario. Tampoco el desafío agroalimentario ofrecía peligro. La sensibilidad hacia el problema ambiental o a las exigencias de la alimentación debía encontrar explicación dentro del mismo sistema. La agrariedad estaba en la base. El ciclo biológico identifica a la actividad agraria dentro de la empresa. Nadie podía discutir el valor de la naturaleza en la construcción del derecho agrario porque el ambiente siempre había estado presente. Igual acontecía respecto de la alimentación; lo agrícola tiene una relación estrecha, absolutamente estrecha, con la producción de vegetales y la cría de animales. Aparentemente

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

no había ningún riesgo frente a lo agroambiental o lo agroalimentario.

Pero al filo de la década de los años ochenta la aparición de las tesis ecologistas en el horizonte de la cultura generan los primeros replanteamientos. En Argentina surgió una corriente proponiendo nuevos criterios para el derecho agrario. Su más ilustre cultor fue Pigretti. Pero sus tesis no impactaron directamente a la doctrina. Hubo dos motivos para ello. Primero porque se formulaba como un derecho de los recursos naturales. No se distinguía los renovables de los no renovables, lo que significaba abrir extrañamente el contenido; en segundo lugar se pretendía llevar al agrario al seno del derecho minero, lo que era deshumanizar al agrario, olvidarse de sus raíces sociales. El problema trascendía lo académico.

En esa época las tesis ambientalistas comenzaban a tener un cierto impacto en el mundo. A la declaración de Estocolmo, de 1972, se sumaba ahora la Carta de la Naturaleza, de 1982, y así se formulaban nuevos conceptos. Esto ocurría en una etapa trascendental de la historia. Cuando lo económico se imponía sobre lo social. La estrategia parecía dirigida a socavar las bases del humanismo.

Pero en 1992 toda la doctrina jurídica reconoció la importancia del ambiente. La Cumbre de Río dejó una huella histórica. Todas las ramas del derecho le prestaron atención. Se sintió el efecto transversal y profundo en todos los ordenamientos jurídicos.

La preeminencia ambiental significaba también peligro para la estabilidad del agrario. Reconocer la importancia del ambiente no significaba lo mismo respecto del derecho ambiental. Menos se podía comprender el peligro de toda la construcción teórica. Surgieron los temores. Y comenzaron a plantearse las objeciones. Derivaban de falsos problemas.

El primero fue la posible pérdida del contenido de la disciplina. Evidentemente los diversos institutos comenzaban a recibir los influjos de la variable ambiental. Se presencia una verdadera metamorfosis. Unos nacen, otros se transforman, también algu-

Ricardo Zeledón Zeledón

nos desaparecen. Todos se tiñen de verde. Pero incluso se sospechan cambios negativos en el ámbito de los valores. El reequilibrio no permitía comprender la verdadera dimensión de lo económico y social. Ahora se plantea un extraño fundamento ambiental.

La falta de solución a este problema genera un evidente temor. Deriva del posible abandono de la sede agraria de muchos institutos. Un cierto tipo de desmembración, una pérdida: migración hacia el sector ambiental.

El segundo problema parece ser un cierto resquebrajamiento de la doctrina. Comienzan a surgir las dimisiones. Algunos juristas buscan escapar cuestionando la doctrina tradicional. Sostienen el surgimiento de un derecho agrario diferente. Acusan la inconsistencia del vínculo a temas superados sin considerar las nuevas dimensiones de la disciplina.

El mayor problema, en tercer lugar, se refiere al valor de la teoría general. Se teme la caída de sus bases. Porque el esfuerzo logrado para permitir el ingreso del agrario dentro de la dimensión de los mercados había agotado las fuerzas y las ideas. Sería difícil cambiar de nuevo el andamiaje de la edificación ante la dimensión ambiental.

Estos falsos problemas percibían un cisma. Se generó un cierto terror. Se pronosticó el cataclismo. Entonces surgió la defensa. En el fondo tenía signo antiambientalista.

V

Al mismo tiempo surgían otros ataques al derecho agrario. Parecían venir del frente del desarrollo. Se trataba de un tema aparentemente merecedor de todo el apoyo de la ciencia jurídica. Porque nadie puede oponerse al bienestar. Mucho menos si se le piensa como una etapa superior de la Sociedad. Se le debía promover y estimular. Pero no fue así. El tema del desarrollo generó grandes polémicas y tomas de posición en esta encrucijada.

Las objeciones comenzaron cuando se dio el tránsito de figuras jurídicas típicas del patrimonio de la reforma agraria hacia el

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

desarrollo agrario. La disminución patrimonial se identificó con un saqueo. Incluso hasta los entes de la administración pública cambiaron de uno a otro nombre. Surgen los adversarios. Inicialmente son unos pocos pero luego el movimiento crece. Principalmente ello acontece cuando se llega a encontrar tras la fachada de desarrollo un proceso ideológico bien estructurado. Se calificó como economicista y deshumanizado cuya misión era destruir todo lo social. Esto generó una actitud beligerante dentro de la disciplina porque era atentar contra su propia alma.

En América Latina encuentra los más férreos oponentes porque en este hemisferio lo agrario surge como respuesta, o solución, a la injusticia social en el campo. Se funda en una corriente romántica, idealista y política. Pero una corriente también poco profunda en el campo jurídico. En la década de los años sesenta su visión llegó a identificar al derecho agrario con la reforma agraria. Algunos soñaron con un proceso social reivindicatorio, profundo, ampliamente revolucionario, inspirados en la revolución mexicana y cubana. Otros también la promovieron partiendo de una visión ideológica totalmente opuesta. Surgen del proceso iniciado por la Carta de Punta del Este, de 1960, y la masiva promulgación de leyes de reforma agraria en toda América Latina, excepto en Argentina y Uruguay. Su fin era combatir la injusticia social. En forma unánime, como la sumatoria de ambas corrientes, se pretendía construir un sistema más justo de distribución de la tierra y la riqueza. Para ello se debía romper con los esquemas de la propiedad tradicional. La bandera de la época era lo social. Uno de los principios más difundidos fue el de la función social de la propiedad. Se cristaliza en casi todos los ordenamientos jurídicos de América Latina después de las reformas constitucionales de México, Weimar y Rusia.

La filosofía se orientó a identificar las relaciones jurídicas agrarias con una única influencia social y de justicia. Por eso se llegó a definir al agrario como un derecho social. Evidentemente todo derecho es social, según la máxima *ubi homo, ubi societas, ubi societas ibi ius*, pero se quería subrayar ese profundo significado.

Este origen y esta concepción no pueden negar el fundamento

Ricardo Zeledón Zeledón

económico y social del agrario. Porque el nacimiento de la disciplina se encuentra indisolublemente unido a los derechos humanos económicos y sociales. Los de la segunda generación. Su estabilidad depende del equilibrio entre ambos fundamentos.

Consecuentemente la doctrina se opone a la existencia de una disciplina con un único fundamento. Si esto aconteció respecto de lo social, con mayor razón se iba a presentar cuando la tesis se orientó a abandonarlo para asentarse únicamente en lo económico. Esto fue el motivo fundamental de la oposición al desarrollismo.

La consolidación del fundamento económico y social en el derecho agrario permitió avanzar hacia el principio de la función económica y social de la propiedad no sólo social. Pero también permitió evolucionar hacia la identificación en todos sus institutos en los elementos económicos y sociales. Esa es la causa de la empresa y sus contratos. Esa es la forma como se ha construido todo el edificio jurídico. Ese es el estilo como la disciplina adquirió su verdadera dimensión. El derecho agrario no puede ser sólo social o sólo económico. Lo social avanzó hacia lo económico pero debe mantenerse en armonía.

La evolución resulta evidente. Por ser el agrario un derecho vinculado a la producción, a la actividad, a la empresa agraria, resulta innegable su marcado carácter económico. Porque debe responder a un proceso organizado económicamente, en forma profesional, para producir vegetales o animales destinados al consumo o al mercado, tal como son, o eventualmente sometidos a procesos de transformación, industrialización o comercialización de sus productos.

La función económica es a su vez una función subjetiva. Se refiere a la obligación del empresario, indistintamente si es propietario o no de cumplir con técnicas idóneas dentro del proceso organizado de la producción. La actividad debe ser dirigida y organizada con conocimiento de la agricultura, como en cualquier tipo de actividad, con suficiente atención y tiempo, para permitir el desarrollo del hombre vinculado a ese proceso, su familia y la sociedad entera. Por eso debe recibir del Estado el fomento, estímulo y apoyo.

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

Para el cumplimiento de la función económica el empresario también debe mejorar el fundo y la empresa. No puede limitarse al consumo. Deberá colocar sus productos en el mercado a través de una estrategia. Sólo así será protagonista del proceso productivo.

Por esa razón un único fundamento social resulta insuficiente. Porque éste se vincula a una obligación objetiva del Estado de dotar tierras aptas para la producción a quienes carezcan de ellas o las tengan en forma insuficiente, para convertirlos en empresarios. Se pretende resolver un problema de pobreza permitiendo el ingreso al mercado.

La función económica y social como concepto fundamental del derecho agrario, y de todos sus institutos, no sólo la propiedad, debe contribuir a engrandecerlo y fortalecerlo. Una función únicamente social es económicamente inconveniente. Y una función concebida sólo como económica naturalmente es injusta. En la fusión está el avance progresivo.

En las décadas de los años stenta y ochenta el dilema estaba en el abandono del derecho agrario de todo lo social. Era aceptar la eventualidad de dirigirse por los senderos de la economía ciega y fría abandonando las exigencias de la sociedad.

Ello aconteció al entrar en crisis los procesos de reforma agraria. La solidaridad social comenzaba a ceder frente a múltiples factores, sobre todo, políticos. Aquellos procesos se vieron abandonados. Comenzó a difundirse un profundo pesimismo. Al avanzar la década de 1980 todo fue peor. La crisis se generalizó y emergieron respuestas contrastantes a las planteadas por lo agrario. Aún hoy se acusa a los procesos sociales de haber generalizado el drama económico, la crisis del Estado y la ingobernabilidad.

Estos planteamientos tuvieron el calificativo de “desarrollo rural” y más adelante “desarrollo rural integrado”. En algunos casos fueron impulsados por organismos internacionales y en otros a través de una imposición de políticas internacionales más sutiles. Los reforma agraristas plantearon el tema. Tenían razón. Pero no tenían clara la etapa histórica iniciada. Faltaba incluso

Ricardo Zeledón Zeledón

una sólida cultura jurídica. Faltó hasta capacidad para reaccionar. En la década de 1980 todo era confusión. Por eso se le califica como la década perdida, la de la crisis, la del empobrecimiento inimaginable, el principio del fin.

Se vivía un periodo de restauración. Del romanticismo primitivo se pasó a la depresión. Se acusó la malévolas acción de la economía por imponer respuestas globales a través de la ley. La prevalencia de lo económico sobre lo social presentaba efectos impredecibles en los países subdesarrollados. En los pobres se percibía la catástrofe de sus poblaciones por el desempleo y el hambre.

La agricultura debía regirse por las reglas generales del capitalismo. En los mismos términos del comercio y la industria. Debería sujetarse a las reglas de la libre competencia. El fomento de la producción a través de incentivos se calificó como privilegio. Los empresarios agrícolas debían competir, dentro y fuera de sus países, sin ninguna ventaja.

Evidentemente la agricultura no puede ser tratada con las reglas del capitalismo aplicables al comercio y la industria. Económicamente es ilógico. La agricultura está sometida también al riesgo de la naturaleza. No sólo del mercado. Tiene un doble riesgo. En su actividad se trabaja con un ciclo biológico no controlable por el hombre. Al convivir con el ciclo biológico el empresario lo acompaña, interpreta y conduce, pero no lo domina. Pero además la agricultura se encuentra vinculada con la alimentación. Éste es un importantísimo factor referido a la supervivencia alimentaria y también al consumidor. Por esta razón la agricultura no puede ser tratada con reglas rígidas.

Las tesis economicistas de preferir la importación de productos a otros mercados, porque producidos en los propios pueden resultar más caros, significa despreciar el costo social. La variable económica en estos casos es socialmente injusta. Y ello se aplica también a los grandes exportadores agrícolas cuya producción sólo se puede colocar en el mercado si es por medio de trasnacionales.

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

Estas nuevas orientaciones económicas llevan a un desequilibrio social pero también causan resultados complejos en toda la sociedad. En primer lugar se observa un estado de desesperación del sector agrícola. Desaparecen grandes sectores unas veces por efecto de la competencia y otras por la acción directa de la política estatal; tal es el caso de la reforma de estructuras. El empresario agrario resulta ser el sacrificado de la cadena productiva. Y en el plano internacional las economías de los países agrícolas se condicionan por los grandes mercados. La segunda es la sensación de impotencia e incredulidad en el sistema jurídico y en la misma justicia. Todo se resuelve en la macro-economía. Lo jurídico se dirige por los economistas. En la administración de los factores de la riqueza se cae en la deshumanización. Se busca crear la cultura de la riqueza. Los productores enfrentan la feroz actitud del comercio internacional, frío y calculador, inconsciente de los perjuicios, insensible ante los pueblos, irresponsable frente al desastre.

Las objeciones de la disciplina agrarista a ese tipo de desarrollo han sido frontales. Pero también ha generado el abandono de muchos juristas de sus filas. Unos, pensando avanzar, han pasado de lo agrario a lo económico. En esa forma han sido devorados por la historia. Otros sencillamente han desertado. Es una actitud censurable por su falta de capacidad para formular soluciones a los problemas. En ambos casos significa un fracaso frente al desarrollo social. Sobre todo si se comprende el impacto en el plano microeconómico.

VI

El desarrollo sostenible se presenta como una opción al derecho agrario para superar todas las objeciones formuladas al ambiente y al desarrollo. Es una concepción humanista fundada en criterios axiológicos de alto contenido social. Se trata de una filosofía cuyo fin es lograr el bienestar de la humanidad en el tiempo. En el centro se ubica al ser humano. Para lograr el desarrollo debe conservarse y protegerse el ambiente porque es la única forma de garantizar la supervivencia del planeta. Definido en for-

Ricardo Zeledón Zeledón

ma solidaria el papel del hombre en la Tierra se deberá procurar su prosperidad. Este tipo de desarrollo sólo podrá alcanzarse a través de una visión holística. Necesariamente deberán estar incorporados todos los segmentos de la sociedad y actuar en armonía. Los pobres y los ricos deben interactuar concertadamente porque los ricos no podrán continuar sobreviviendo a costa de los pobres ni de sus recursos naturales.

Estos conceptos han surgido en el tránsito hacia una nueva visión del desarrollo. El primer hito se encuentra constituido por la Declaración de Naciones Unidas del Derecho al Desarrollo en 1986. Por primera vez se le identifica como un derecho fundamental. Pasa a formar parte de los derechos humanos de la tercera generación, de solidaridad, concebido para los pueblos pero también para los grupos y los individuos. Esa declaración de principios encuentra un sustento instrumental cuando modernamente se le concibe como derecho sostenible. Ello ocurre a partir de los documentos de la Cumbre de Río, en 1992. A partir de ahí trasciende en el derecho internacional y se incorpora en los derechos internos.

El desarrollo entró en un nuevo proceso histórico cuando se vio fortalecido axiológicamente al entrar en contacto con el ambiente. Primeramente, al retornar a su concepción axiológica se ubicó en la cúspide del sistema jurídico. Ahí recuperó su prestigio. En el nuevo periodo se desligó de quienes lo utilizaron con otros fines y se demuestra socialmente útil. No sólo para lo económico. Porque antes había ocurrido todo lo contrario. Si el desarrollo asumió un signo ideológico, si constituyó una corriente económica llamada a seguir una orientación específica, si detrás de su nombre escondió pobreza, si sirvió a grupos pequeños o estratégicamente bien escogidos, ése no era el sentido de desarrollo pensado. Creció al variar su contenido a través de los valores y manifestarse como derecho fundamental. Y en segundo lugar adquirió gran profundidad cuando se unió al ambiente. Es la fusión de dos súper derechos humanos. Constituyen la máxima expresión de la solidaridad. Juntos se confunden en el derecho sostenible. Se trata de reivindicar lo social a través del desarrollo económico en armonía con la naturaleza.

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

Para determinar su orientación filosófica conviene incursionar en los documentos de Río. Principalmente en la proyección dada al tema agrario en cuanto constituye una evolución respecto de la declaración de Naciones Unidas, de 1986, sobre su reconocimiento dentro de la constelación de los derechos humanos.

Una primera diferencia es sobre el carácter de los acuerdos de Río. En términos absolutos la Conferencia no fue exclusivamente sobre medio ambiente. Fue sobre desarrollo. Lo ambiental se convierte en su columna vertebral. Por su medio se propone cambiar los estilos y políticas sectoriales y económicas para garantizar la salvación e integridad del planeta y garantizar la supervivencia de las nuevas generaciones. Este nuevo tipo de desarrollo fundado en el ambiente sólo podrá lograrse a través de un mayor énfasis en el contenido social y en una equidad global dentro del proceso.

Con este modelo para el mundo, lanzado para el siglo XXI, comienza inevitablemente a percibirse una nueva sensibilidad, una nueva axiología. Principalmente es el retorno del péndulo. El regreso hacia la búsqueda de un nuevo equilibrio mundial. Ahora las transformaciones sociales resultan inaplazables.

La Agenda XXI es concebida para preparar al mundo a los desafíos del próximo siglo. Se debe lograr con el consenso mundial y un compromiso político. Requiere de toda la cooperación internacional para lograr esos esfuerzos. En este momento decisivo se identifican claramente los problemas. Ellos son el agravamiento de la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo y el continuo empeoramiento de los ecosistemas. Y también se tiene claridad respecto de la oportuna integración de las inquietudes del ambiente y el desarrollo como instrumento para combatirlas. En esta forma se presta la máxima atención para “satisfacer las necesidades básicas, elevar el nivel de vida de todos, conseguir una mejor protección y gestión de los ecosistemas y lograr un futuro más seguro y más próspero”.

La Agenda XXI se encuentra dividida en cuatro secciones. Por su orden son: Dimensiones económicas y sociales, Los recursos para el desarrollo, Fortalecimiento del papel de los grupos princi-

Ricardo Zeledón Zeledón

pales, y Medios de ejecución. Es en la primera donde se pueden ubicar los temas referidos al desarrollo en el derecho agrario, en relación con el capítulo 32 sobre el fortalecimiento del papel de los agricultores.

Empero las referencias anteriores son eminentemente axiológicas teniendo su centro específico en el capítulo 14 denominado “Fomento de la agricultura y del desarrollo rural sostenible”. Porque es en éste donde se ubican los principales argumentos referidos a la problemática del derecho agrario. Sobre todo en cuanto a las transformaciones sociales y los procesos de desarrollo sostenible vinculados a ellos.

La conferencia tenía clara la necesidad de fortalecer el papel de los agricultores dentro del proceso de desarrollo sostenible porque la agricultura constituye la actividad central de la población mundial. En efecto una tercera parte de la superficie de la tierra se dedica a esta actividad. Los hogares rurales del mundo han sido administradores de los recursos de la tierra. El sector, sin embargo, pese a tener crecimiento en algunas áreas, en la mayor parte está siendo golpeada por el aumento de la población, la deuda internacional, la baja de los productos básicos. Socialmente el panorama de los países pobres resulta más grave. En ellos buena parte de la población rural depende de una agricultura de pequeña escala, de subsistencia, organizada familiarmente, con acceso limitado a los recursos, la tecnología y otros medios de subsistencia y producción. Como consecuencia los pobres deben subsistir sólo de los recursos, explotándolos o destruyéndolos, incluidas las tierras marginales.

Desde otro punto de vista también la situación de los países pobres resulta más alarmante porque para el año 2025 el 83% de la población mundial, unos 8500 millones de personas, vivirán en estos países.

Por estas razones existe alarma mundial. No se vislumbra desarrollo. Más bien crece la población, la pobreza, el hambre y el desempleo. La agricultura no responde a las expectativas. Y, por el contrario, la opción de sobrevivir a costa de la destrucción de la naturaleza atenta contra toda la humanidad. Esto obliga a tomar decisiones fundamentales para combatir estos flagelos.

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

La Cumbre propone al mundo soluciones a través del desarrollo sostenible. Es urgente reajustar la política agrícola, ambiental y macroeconómica. Se debe pasar de una agricultura tradicional a una agricultura sostenible. El principal objetivo es aumentar la producción de alimentos y mejorar la seguridad alimentaria. Entre muchas, deben tomarse medidas orientadas a las grandes transformaciones sociales. Se debe promover la producción de alimentos para los mercados, generación de empleo para combatir la pobreza, y fundamentalmente la ordenación de los recursos naturales y la protección del medio ambiente.

Los principales instrumentos propuestos por el desarrollo sostenible son la reforma de la política agrícola y la reforma agraria, la participación de la población, la diversificación de los ingresos, la conservación de la tierra y una mejor gestión de los insumos.

Se trata de una nueva dimensión del derecho agrario porque amplía los horizontes, lanza un mensaje de grandes transformaciones, y estructura las bases para la construcción de la agricultura del próximo siglo.

En íntima conexión con lo económico, naturalmente, hay una serie de temas gravitando entorno al desarrollo social y las grandes transformaciones. Están interconectados y todos pretenden ser respuesta del desarrollo sostenible. Entre otros están el de la seguridad alimentaria, el comercio internacional, la participación popular y el mejoramiento de la producción agrícola. Se trata de aspectos cuya colocación estratégica debería generar un resultado totalmente distinto al obtenido hasta el momento, principalmente en cuanto considera las variables de la población rural, la pobreza, el hambre en relación con las nuevas exigencias de los mercados y los consumidores. Sólo valorando unos y otros, en relación con el ambiente y la justicia social, podrá plantearse un desarrollo sostenible.

Uno de los temas más interesantes para el derecho agrario se refiere a la política de mejoramiento de la producción agrícola y los sistemas de cultivo. Se plantea dentro del Capítulo 14 de la Agenda XXI.

Ricardo Zeledón Zeledón

Se refiere a la intensificación de la producción agrícola con el objeto de alcanzar dos metas. Por una parte atender la demanda de productos básicos para asegurar la seguridad alimentaria. Se pretende garantizar el mercado y a su vez lograr una mejora importante del derecho de la población a recibir suficientes alimentos correspondientes a sus hábitos culturales. La otra meta sería concebir una agricultura sostenible, plurifuncional, ubicada territorialmente en las áreas aptas para la producción y no en la extensión a tierras marginales o la invasión de ecosistemas frágiles. Porque el uso de insumos para mejorar la productividad aumenta las tensiones ambientales y las fluctuaciones del mercado.

Esta política se propone diversificar los sistemas de producción para lograr el máximo de eficiencia en el uso de los recursos locales y a su vez reducir los riesgos ambientales y ecológicos. Esto a su vez deberá permitir la creación de fuentes de empleo. Porque la diversificación puede ofrecer nuevas opciones, tanto dentro como fuera de las empresas agrarias, a través de la actividad de producción y las conexas a ésta de transformación, industrialización y comercialización de productos agrícolas.

Se ha subrayado toda esta nueva concepción holística para comprender la posible solución a los problemas de la agricultura del próximo siglo. Pero se debe llegar a dos exigencias de la Agenda XXI donde la participación del agrarista puede ser importante.

En primer lugar, en todos los Estados, con el apoyo de las organizaciones internacionales y regionales, deberán impulsarse políticas destinadas a influir positivamente en las formas de propiedad, posesión, y en general de distribución de la tierra. El objetivo es concebir nuevas estructuras productivas, evitar las escasas dimensiones y la fragmentación antieconómica.

En segundo, lugar los gobiernos, con el debido apoyo de los organismos internacionales, deberán revisar su legislación con el objeto de reformular una política de desarrollo agrario sostenible. Se busca fomentar la agricultura, mejorar la seguridad alimentaria, y sobre todo concebir una nueva agricultura sostenible, o plurifuncional, en armonía con la naturaleza.

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

La misma Agenda XXI reitera la necesidad de concebir el desarrollo sostenible dotado de instrumentos de una nueva política agraria y de reforma agraria. Entonces parecenemerger las viejas aspiraciones. Pero ahora sobre la base de exigencias distintas. En consecuencia la labor del agrarista podría ser protagónica dentro de esta nueva dimensión abierta por el desarrollo agrario.

Estos temas surgidos en Río plantean nuevos retos para el derecho agrario. Conviene surgir de ellos con una visión histórica y proyectando la disciplina hacia el futuro. En primer lugar no se debe incurrir en errores. Esto no puede significar un retorno automático al pasado para sostener las viejas tesis. La emersión del tema implica necesariamente buscarle solución con planteamientos del próximo siglo. Por otra parte los retos deben considerar todo cuanto hasta esta fecha ha ocurrido en la disciplina. Conviene recordar el problema de la metamorfosis de los institutos. La reformulación obliga a concebirlos ahora bajo criterios de desarrollo sostenible. Finalmente también hay retos con contenido trascendente. Se debe buscar la forma de valorizar el derecho. Se deben encontrar respuestas jurídicas a los graves reveses de la materia. Se deben estructurar fórmulas agrarias versátiles para adaptarse a los cambios. En fin de los retos conviene salir victorioso. El secreto está en la capacidad para proyectarse al futuro.

VII

Al llegar el fin de la última década del siglo XX se descubre un esfuerzo de la humanidad por deline ar la arquitectura política del futuro inmediato sobre la base de lo social.

La conclusión de la guerra fría debe conducir al fortalecimiento indiscutible del papel del ser humano como eje fundamental de la sociedad. No de lo económico. Ello significa impulsar todos los esfuerzos en preservar la especie humana, en un mundo sostenible y mejor, sobre principios de solidaridad y justicia social. Se inicia un proceso de globalización donde se reivindica lo social. En este sentido un derecho agrario fundado en el desarrollo sostenible parece constituir un eje de acción indiscutible.

Ricardo Zeledón Zeledón

Naturalmente existirán criterios contrastantes con esta visión. Sobre todo de los escépticos y fatalistas. Para superar esa opinión conviene subrayar algunos elementos adicionales para la demostración de esta tesis. Para ello hay suficientes elementos de prueba derivadas de la acción de la Comunidad Internacional.

En primer lugar el tema de la agricultura y todo lo social referido a ella como respuesta a los países en desarrollo debe contar con una acción holística de análisis. Porque la agricultura no es sólo una actividad regida por sus propias reglas específicas. Por el contrario, en la visión del siglo XXI, la agricultura está interconectada a gran cantidad de factores de carácter económico, social y ambiental. En consecuencia los problemas de esta actividad sólo se resolverán en la medida de corregir las demás articulaciones de la sociedad. Se requiere una visión diversa según sea un país desarrollado, en vías de desarrollo, o en tránsito de una economía planificada a otra de mercado. Es decir se debe rechazar una visión reduccionista.

En segundo lugar el proceso de las transformaciones sociales, y las políticas de solidaridad, deben conducir necesariamente a una globalización de lo social. No puede haber desarrollo para unos y pobreza para otros. Se debe comenzar por generalizar las reglas, respetando naturalmente los aspectos culturales, sin sujeción a latitudes o longitudes geográficas.

Queda claro el marcado grado evolutivo entre la Declaración sobre el derecho al desarrollo por la Asamblea General de Naciones Unidas y la aprobación de los documentos de la Cumbre de Río. Porque el primero es un documento genérico. Reconoce el derecho al desarrollo como un derecho humano inalienable. Pero en esa concepción incluye tanto el de las naciones como el de sus habitantes. Sólo constituye una declaración y no establece acciones a seguir. Resulta programático porque consiste en el esfuerzo de los Estados de impulsar el desarrollo. Por el contrario los documentos de Río son mucho más prácticos. Están conformados por un conjunto de acciones orientadas todas hacia la consecución del desarrollo sostenible.

VIII

El derecho agrario del siglo XXI comenzó a ser perfilado, diseñado, pensado, e incluso soñado, con la filosofía y los principios del desarrollo sostenible.

El futuro de la disciplina parece indisolublemente unido a los derechos humanos de solidaridad. En su seno comienza a descubrir una nueva filosofía y novedosos principios. El enriquecimiento de sus fuentes, objeto y contenido, permite pronosticar, vaticinar o intuir su reverdecer en un clima de profunda raigambre axiológica. Sobre todo alejándose de añejos movimientos divorciados del humanismo. Su porvenir ha de estar vinculado a solucionar las necesidades y exigencias del mundo agrario, de la agricultura y la alimentación.

Esto es así porque cuando está por llegar el ocaso del milenio las reflexiones del concierto de las naciones, y de la humanidad en general, parecen anunciar una nueva hora.

El agravamiento de los problemas de buena parte de la población mundial ubicada en el sector agrícola y particularmente agroalimentario, en las últimas décadas, han forzado a los seres humanos a empeñarse en la búsqueda de soluciones absolutamente originales, más justas, eficientes e integrales. La cultura del mañana obliga al derecho agrario a asumir una función más dinámica y activa. Debe ser parte de la solución y no del problema. La exigencia radica en volver a las raíces primigenias y proyectarse al futuro a través de fórmulas visionarias, forjadas en la ilusión de un mundo mejor.

Los derechos humanos de solidaridad, de la tercera generación, parecen estar llamados a constituir la esencia, razón y fundamento, de toda la nueva construcción de la Sociedad del porvenir. El humanismo surge sobre la base de la fraternidad y la unión. El desarrollo humano se encuentra en el centro de toda reflexión. Debe ser un desarrollo humano sostenible. Se dirige a garantizar la supervivencia digna del hombre en el planeta. Obliga a tomar todas las medidas necesarias para asegurarle un mundo mejor a las futuras generaciones. Porque la acción deshu-

Ricardo Zeledón Zeledón

manizante ha destruido, contaminado y deteriorado la Tierra al utilizar irracionalmente sus recursos naturales sin pensar en los herederos o los seres de otras latitudes.

Los derechos humanos de solidaridad procuran sentar las bases de la civilización del mañana. Desarrollo, ambiente, paz, justicia, constituyen las banderas de la esperanza. Los ricos y los pobres deben aliarse para encontrar soluciones comunes a la incertidumbre del destino. Todos los segmentos de la sociedad, y no sólo los Estados, se asocian, dejando de lado sus diferencias, para participar en los esfuerzos solidarios. La concertación es el principio de todo intento.

El derecho al desarrollo y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado comenzaron a ofrecer posibilidades ciertas para desafiar con el derecho agrario las amenazas y advertencias. Porque desarrollo y ambiente son derechos fundamentales en un triple orden: de las personas en tanto seres humanos, de los grupos o conglomerados compuestos por ellos, y también de sus mismos pueblos. Ellos permitían retar las injusticias y también representan una filosofía enarbolada por la comunidad internacional.

El derecho agrario tiene una interconexión perfecta con estos importantísimos derechos. Tanto en forma independiente como unidos para conformar el mega derecho humano del desarrollo sostenible. En todas las conferencias y cumbres de Naciones Unidas, así como en las convenciones internacionales e incluso en los tratados forjadores de nuevos sistemas de integración, se impulsan nuevos conceptos para lo agrario en consonancia con el desarrollo sostenible. En el mundo del comercio incluso se comienza a reconocer la trascendencia de vincular la agricultura con el desarrollo y el ambiente. Se trata de una corriente mundial.

Se vive un cambio de época. En ella los cambios son más vertiginosos. La evolución es la esencia misma de la civilización. El derecho agrario se beneficiará de todos los avances de la cultura.

El acercamiento del agrario a la ética del desarrollo y el ambiente lo vincula a un proceso de profundas dimensiones huma-

El nuevo derecho agrario y los principios del desarrollo sostenible

nas. Es la nueva internacionalización del derecho agrario. Porque ahora se ha de encontrar unido a todas las nuevas dimensiones anunciadas para el futuro. Será una disciplina muy dinámica. No limitada sólo a la actividad de la agricultura. Su contenido comienza a tener afinidad y coherencia con los temas más sensibles. Debe simbolizar una alternativa cierta y evolutiva para enfrentar las permanentes exigencias de los procesos de integración y de mercados. Su unión con el ambiente constituye una nueva respuesta a una agricultura no contaminada ni contaminante, a una actividad desarrollada en armonía con los recursos naturales, disfrutando de los bienes de la naturaleza pero sin degradarla ni destruirla. Y el esfuerzo por figurar como parte integrante, indisolublemente unida, a los procesos de desarrollo agrario humano y sostenible le suman a un esfuerzo titánico por suministrar elementos técnicos para el bienestar de las personas vinculadas a su actividad. En esta forma el agrario surge nuevamente como un derecho nacido para impulsar el cambio con justicia social, para ser instrumento de paz y prosperidad.

El futuro le ofrece al derecho agrario la oportunidad de vivir un momento de gran esplendor y evolución. Tendrá la posibilidad indiscutible de descubrir nuevos institutos, remozar los actuales, e incluso resucitar algunos destruidos en la hora aciaga e infeliz del economicismo. Con el justo equilibrio de lo social, lo económico y lo ambiental el derecho agrario recupera su prestigio dentro del sistema jurídico. Pero además representa un proceso de reafirmación histórica. Reivindica su nacimiento o génesis en los derechos humanos. Con ello logrará contestar en forma enfática el proceso de restauración impulsado por el frío economicismo negador de lo social. Significa el resurgir, representa el verdadero renacimiento del derecho agrario.

Ricardo Zeledón Zeledón

4

LA DEFENSA JUDICIAL DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

Claudia Mora Pineda *

La participación ciudadana como instrumento necesario para la efectivización del derecho a gozar de un ambiente sano

La Constitución Política de Colombia¹ dispone que la república se enmarca dentro de un estado social de derecho, que considera al individuo tanto en el momento electoral como en el momento decisional. Lo anterior obedece a la evolución del concepto de democracia, el cual se ha venido transformando hasta el punto de considerar indispensable la participación ciudadana y la colaboración de los particulares en el desarrollo de las más diversas actividades estatales. En otras palabras, el concepto actual de democracia implica ya no la mera representación a través de las instituciones políticas, sino una verdadera participación del ciudadano en el entorno social.²

* Fundación para la Defensa del Interés Público (Fundepúblico), Colombia.

¹ *Constitución Política*. Artículo 1o. “Colombia es un estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

² Álvaro Tafun Galvis. 1995. *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*. SantaFé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 18.

Claudia Mora Pineda

En otras palabras, se puede afirmar que la Constitución colombiana abrió el paso para el surgimiento de lo que podría denominarse la cultura de la participación ciudadana en las actividades y decisiones diarias del Estado. Sin embargo, para el desarrollo de esa cultura, no es suficiente la consagración del derecho a participar, sino que ello efectivamente sea posible. La participación entonces, se logra a través de los mecanismos que la aseguran, pero además debe ir acompañada de un cambio de actitud pasiva de los ciudadanos hacia un actuar permanente en la defensa de sus intereses y en el efectivo control del ejercicio del poder depositado en sus gobernantes.

El campo de la gestión pública ambiental, por lo tanto, no es ajena a este nuevo proceso de participación generado a raíz de la promulgación de la Carta Política. La Constitución de 1991 que dio especial importancia al tema ambiental, no sólo consagró obligaciones en cabeza del Estado y los ciudadanos encaminadas a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, sino que de manera específica estableció la obligación de asegurar la participación de la comunidad en la toma de decisiones de carácter ambiental (art. 79) y, asimismo, diseñó mecanismos de participación que hicieran efectivo el derecho a gozar de un ambiente sano.

Estas normas, sin lugar a dudas, marcan un antes y un después en la gestión ambiental, que con anterioridad a 1991 había desconocido la participación de la comunidad en las instancias de decisión ambiental. Como consecuencia de este hecho, la ley 99 de 1993 que creó el Ministerio del Medio Ambiente y organizó el Sistema Nacional Ambiental, desarrolló algunos preceptos constitucionales en materia de medio ambiente dentro de los cuales se preocupó por lo referente a la participación (en distintas instancias de decisión), y le dio especial importancia al tema de las licencias ambientales.

Es así como dentro de la definición de los principios ambientales se estableció que el manejo ambiental del país sería descentralizado, democrático y participativo; y que el Sistema Nacional Ambiental definiría los mecanismos de actuación del Estado y la

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

sociedad civil. De la misma manera, se estableció que la política ambiental se formularía garantizando la participación de la comunidad, de manera que se asegure el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano.

Pero de manera especial, la ley 99 de 1993 dedica un título referente al tema de la participación: *Los modos y procedimientos de participación ciudadana* (Título X), enmarcando la participación dentro de los trámites administrativos de permisos y licencias ambientales, aunque incluye algunas normas referentes a algunos instrumentos de participación judicial para la defensa del medio ambiente, como la acción de nulidad y las acciones populares.

La participación ciudadana tal y como está concebida en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación que permite que la institución no sea “letra muerta”: por una parte es un derecho, y por otra, es un deber de las personas³ puesto que se fundamenta en el principio de solidaridad. Adicionalmente, la participación es un deber para el Estado que le genera una serie de obligaciones.

El deber del ciudadano de proteger y defender los recursos naturales (arts. 8 y 95) responde al principio consagrado en el artículo 1 de la Constitución, según el cual Colombia es un Estado Social de Derecho democrático y participativo, con prevalencia del interés general. Esta obligación del ciudadano puede ser cumplida únicamente a través de mecanismos de participación ágiles que aseguren la efectividad del derecho a gozar de un ambiente sano. En razón a ello, la Constitución estableció en cabeza del legislador la obligación de asegurar la participación de la comunidad en la toma de decisiones que puedan afectar el medio

³Constitución Política. Artículo 95o. “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de las personas y el ciudadano:

.....5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; ...”

Claudia Mora Pineda

ambiente. Se genera entonces, una obligación de cooperación mutua entre administrador y administrado, la cual goza de especial protección constitucional.

Como se indicó anteriormente, sólo hasta 1991 con la promulgación de la Constitución se puede afirmar que se inicia una posibilidad para la participación. Muchas manifestaciones muestran a la Constitución de 1991 como una constitución civilista. Algunas de ellas son: el respeto por los derechos humanos, el surgimiento de nuevas instituciones encargadas de ejercer control tanto sobre las actuaciones oficiales como sobre sus funcionarios y, especialmente, la consagración de diversos mecanismos de participación ciudadana. A ésta también se le ha llamado la Constitución Ecológica, debido a que 45 de sus artículos están relacionados de manera directa con la protección ambiental y el manejo de los recursos naturales. Además, introdujo varias innovaciones en materia ambiental; una de ellas consistió en consagrar el derecho a gozar de un ambiente sano y la obligación en cabeza del Estado, de asegurar la efectiva participación de la comunidad en la toma de decisiones en relación con el medio ambiente. Es así como el artículo 79 señala: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo..."

Entre las muchas herramientas que la Constitución estableció para hacer efectivos los principios de protección del ambiente y los recursos naturales, amplió las causas por las cuales el presidente de la república puede decretar el estado de emergencia económica. Durante la Asamblea Nacional Constituyente, se propuso elevar a norma constitucional la obligación de efectuar estudios de impacto ambiental. Esta propuesta no fue acogida. A pesar de lo anterior, es obligación del Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (art. 80).

No obstante, la mayor herramienta de defensa del ambiente la tiene la ciudadanía. La fuerza de la sociedad civil está en la opinión pública, de la que depende, en última instancia, la legitimidad

dad del Estado. Las acciones populares, la acción de tutela y de cumplimiento, como se verá a continuación, están diseñadas para hacer efectivos los derechos. Es deber de los ciudadanos y del Estado utilizarlas para prevenir y controlar el deterioro ambiental.

Los mecanismos de participación para la protección del derecho a gozar de un ambiente sano

Nuestro país se ha caracterizado por poseer una legislación extensa que incluye la consagración de importantes derechos, pero su efectiva aplicación en casos concretos se ha visto obstruida por las deficiencias del aparato estatal y por la ausencia de mecanismos idóneos para reclamar la ejecución y efectivización de los derechos. Es por ello que la Asamblea Nacional Constituyente se preocupó por el fortalecimiento del llamado elemento sustantivo⁴ a través del reconocimiento y la creación de nuevos mecanismos procesales de participación que buscan la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes.

Estos mecanismos de participación fueron consagrados en su gran mayoría por la Constitución de 1991, aunque algunos otros, como la acción popular ya tenían asiento por más de cien años en el Código Civil. Estas instancias de participación son: el derecho de petición, la acción popular para la defensa de los derechos colectivos como el ambiente, la acción de tutela para la defensa de derechos constitucionales fundamentales, la acción de cumplimiento de leyes y actos administrativos y la acción de nulidad de los actos administrativos.

Si bien estos instrumentos de participación tienen desarrollo en muchos otros campos, han cobrado especial importancia en el campo ambiental, pues en este tema convergen muchos derechos e intereses de la sociedad civil, así como muchas obligaciones de la función estatal.

⁴ El elemento sustantivo definido dentro del marco conceptual de un sistema judicial eficiente hace referencia, según el profesor Lawrence Friedmann de la Universidad de Stanford, a la utilización de las normas tanto por los gobernantes como por los gobernados. (Friedmann, L. "Cultura legal y desarrollo social", Instituto de Docencia de Chile).

Claudia Mora Pineda

Además, su incorporación consulta el compromiso adquirido por diferentes gobiernos del mundo en la Cumbre de Río en 1992.⁵ Así por ejemplo, la Declaración de Río sobre El Medio Ambiente y Desarrollo en su principio 10 proclama que “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los interesados, en el nivel que corresponda....”. Además reafirma la necesidad del derecho de información ciudadana y el derecho de participación ciudadana en la adopción de decisiones. Establece el deber de los Estados de proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos y los recursos necesarios para la obtención del resarcimiento de los perjuicios ambientales.⁶

Por su parte, el Programa 21 en una de las cuatro áreas del Capítulo 8 “Integración del Medio Ambiente y el Desarrollo en la Adopción de Decisiones” trata sobre “Establecimiento de un marco jurídico y reglamentario eficaz”, y señala como una de sus estrategias, el establecimiento de mecanismos para la participación adecuada de personas y grupos en la formulación y aplicación de leyes y reglamentos sobre el medio ambiente y el desarrollo.⁷

La acción popular

La acción popular es el mecanismo judicial idóneo para la defensa de los derechos colectivos, es decir de aquellos derechos “que gravitan sobre toda la sociedad, que afectan a la sociedad y a todos y cada uno de sus integrantes”.⁸ Los derechos colectivos no son atribuibles a una persona y, por consiguiente, no pueden ser individualizados, ya que pertenecen y se ejercen por todos y

⁵ Es importante rescatar que en el caso colombiano, la incorporación de normas sobre participación en asuntos ambientales en la Constitución es anterior a la Cumbre de Río.

⁶ Banco Interamericano de Desarrollo. Derecho Ambiental Internacional. Documentos básicos seleccionados para un seminario sobre derecho y política ambiental. Santiago, Chile, mayo de 1993, 12 y ss.

⁷ Banco Interamericano de Desarrollo. *Derecho Ambiental Internacional*. op. cit. p. 20 y ss.

⁸ Álvaro Tafur Galvis. 1993. *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 50

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

cada una de las personas de la sociedad o de la colectividad. En este orden de ideas, cuando se atenta contra un derecho colectivo se está atentando de manera simultánea contra el derecho de toda una colectividad y no de un individuo en particular. En consecuencia, cuando se resarce el derecho colectivo, se beneficia el derecho y el interés de toda la sociedad.

En el derecho colombiano las acciones populares se consagraron en el Código Civil, en varios de sus artículos: la acción para pedir la remoción de una cosa que se encuentra en la parte superior de un edificio (art. 2355); la acción popular para evitar el peligro de construcciones o árboles mal arraigados (art. 992) o la acción popular contra las obras que corrompan el aire y lo hagan coincidentemente dañoso (art. 994), entre otros.

Sin embargo, dos de ellos cobran especial importancia para el tema del medio ambiente. En primer lugar se encuentra el artículo 1005⁹ que consagra la acción popular para la defensa de los bienes de uso público y el artículo 2359¹⁰ que consagra la acción popular de daño contingente.

En el caso de los dos artículos anteriormente citados, Germán Sarmiento Palacio, autor del libro *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*, presentó, a manera de interpretación, la posibilidad de utilizar dichas acciones para la defensa del medio ambiente. El doctor Sarmiento Palacio afirmaba:

⁹ El artículo 1005 dice: “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para que la seguridad de los que transitan por ello, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará el actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia de una pena pecuniaria, se adjique al actor la mitad”.

¹⁰ Señala el artículo 2359: “Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de algunos amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”.

Claudia Mora Pineda

La legislación colombiana sobre recursos naturales, sin duda, le da al medio ambiente la categoría de bien de uso público de carácter incorporeal, al igual que el Código Civil contempla los bienes privados incorporales. El Código de Recursos Naturales define el medio ambiente como “patrimonio común de la humanidad necesario para la supervivencia y el desarrollo económico y social de los pueblos”, con lo cual se introduce un concepto análogo al del Código Civil. La querella popular del 1005 se convierte así, bajo esta interpretación válida, en mecanismo de defensa y preservación del medio ambiente.¹¹

A pesar de lo afirmado por el doctor Sarmiento Palacio, vale la pena mencionar que el Decreto 1541 de 1978, reglamentario del Código Nacional de Recursos Naturales, sobre el tema de las aguas no marítimas, ya había contemplado la utilización de las acciones populares para la defensa de las aguas de uso público en su artículo 210 de la siguiente manera: “El personero municipal y cualquier persona pueden entablar las acciones populares que para preservar las aguas nacionales de uso público consagra el título XIV del libro II del Código Civil, sin perjuicio de las que competan a los directamente interesados”.

Más adelante, lo que fue planteado a manera de una interpretación doctrinal adquirió fuerza legal al expedirse la ley 9 de 1989 (Ley de Reforma Urbana), en la cual se estableció que la acción popular del artículo 1005 podría ser utilizada para la defensa y protección de los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente.

Posteriormente, la protección del medio ambiente a través de las acciones populares tuvo otros desarrollos legislativos concretos que terminaron por completar este instrumento de participación en este campo: el decreto 2303 de 1989 (que creó la Jurisdicción Agraria) estableció la acción popular para la defensa del medio ambiente rural y los recursos naturales agrarios (arts. 118 y ss.), y la ley 99 de 1993 que no sólo estableció el procedimiento judicial abreviado para tramitar las acciones populares (que di-

¹¹ Germán Sarmiento Palacio. 1988. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Colección Bibliográfica del Banco de la República, 61.

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

cho sea de paso, de abreviado sólo tiene el nombre), sino que estableció la obligación de celebrar audiencias públicas cuando se presenten proyectos de transacción dentro de una acción popular de carácter ambiental, además de la obligación en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente de intervenir en dichos procesos (art. 75).

Finalmente, la Constitución de 1991 que, como se mencionó anteriormente se conoce como la “Constitución Verde” o la “Constitución Ecológica” y promulgó la democracia participativa, no podía omitir el mecanismo judicial por excelencia para la defensa del medio ambiente. Es por ello que elevó a rango constitucional la figura de la acción popular en su artículo 88 así:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, **el ambiente**, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella ... (negrilla fuera de texto).¹²

Con fundamento en este precepto constitucional, el pasado 5 de agosto el presidente de la república sancionó la Ley 472 de 1998 que reglamenta las acciones populares y de grupo, y que contrario a lo que ocurre con todas las leyes, empezará a regir un año después de la sanción de la ley. A pesar de los serios intentos por desarrollar un estatuto moderno y coherente con el desarrollo de los nuevos derechos colectivos, el Congreso cedió a la presión de intereses privados e incluyó normas de último momento que hacen la acción prácticamente nugatoria. De hecho, a la fecha se han presentado ya tres demandas de inconstitucionalidad contra dicha ley.

A pesar de lo anterior, la legislación vigente en materia de ac-

¹² En la Asamblea Nacional constituyente, al debatir la inclusión de las acciones populares dentro de la Constitución Nacional, se dijo que ellas buscan “tutelar una serie de intereses colectivos que así se consagrarán como derechos constitucionales no serían susceptibles de defensa por los procedimientos ordinarios y se dispone que el legislador deberá establecer las acciones judiciales de carácter cívico o popular” (*Gaceta Constitucional* núm. 56, del 22 de abril de 1991).

Claudia Mora Pineda

ciones populares establece que, como se trata de la protección de un derecho colectivo, cualquier persona (natural o jurídica, de naturaleza pública o privada) puede acudir a través de una acción popular para su defensa. Esto quiere decir que el actor popular (demandante) no requiere demostrar interés jurídico o afectación (daño) alguna individual para demandar la protección del derecho colectivo. De la misma manera, quien acude, el actor popular, puede solicitar las siguientes pretensiones concurrentes:

- *Obligaciones de hacer o no hacer*; es decir, que de acuerdo con lo que se pretenda, se le puede solicitar al juez que profiera órdenes en contra del demandado de hacer algo o de abstenerse de hacerlo. Por ejemplo, se puede solicitar al juez que ordene la instalación de filtros en las chimeneas de una industria o la construcción de una planta de tratamiento o por el contrario, requerir que la orden consista en suspender las emisiones al aire, los vertimientos y hasta el cierre de una fábrica contaminadora.

- *Indemnización*; esto es, solicitar el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por la vulneración del derecho colectivo. Nótese que no se trata de resarcir los perjuicios de carácter individual, sino los perjuicios sobre los bienes colectivos en concreto. El beneficiario de la indemnización por lo tanto no es el actor popular (demandante), sino la entidad encargada de administrar el bien público. Es por ello que en el caso del medio ambiente la indemnización que se reciba como consecuencia de una acción popular será distribuida en un cincuenta por ciento para el Fondo Nacional Ambiental y en otro cincuenta por ciento para la Corporación Autónoma Regional con jurisdicción en el lugar en que ocurrieron los hechos.¹³

¹³ Los artículos pertinentes de la ley 99 de 1993, señalan lo siguiente: Artículo 46 “Constituyen el patrimonio y rentas de las Corporaciones Autónomas Regionales [...] 7) El 50% de las indemnizaciones, distintas a la recompensa que beneficiará en su totalidad al actor, impuestas en desarrollo de los procesos instaurados en ejercicio de las acciones populares de que trata el artículo 88 de la Constitución Política. Estos valores corresponden a la Corporación que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya producido el daño ambiental respectivo. En caso de que corresponda a varias Corporaciones, el juez competente determinará la distribución de las indemnizaciones [...].” Artículo 90

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

• *Recompensa*; en otras palabras, la recompensa es el “regalo” que le otorga la ley al defensor de los derechos colectivos. “El aspecto moderno de la figura –señala Sarmiento Palacio– reside en el hecho de que la retribución no tiene relación directa con el esfuerzo del actor.” La recompensa constituye el incentivo que se da a las personas para que cumplan con una función que, en principio, le corresponde al Estado. El beneficiario de la recompensa es, por lo tanto el actor popular. El monto de la recompensa es fijado por el juez de acuerdo con los parámetros que para el efecto le señala el inciso segundo del artículo 1005 del Código Civil, y su pago corresponde a la parte demandada.

Como se trata de una figura procesal, la acción popular tiene los inconvenientes de cualquier procedimiento judicial: debe cumplir con requisitos de fondo y de forma y su trámite lleva varios años a pesar de que se trate de un procedimiento «abreviado». Sin embargo, en el campo ambiental dos aspectos de la figura de la acción popular merecen especial atención:

i) La evaluación de los daños ambientales. En el campo ambiental, si bien es relativamente fácil probar un daño porque normalmente saltan a la vista (muerte de animales, basura en los ríos, suelos erosionados, etc), la estimación del monto del mismo constituye el verdadero cuello de botella dentro de una acción popular. En otras palabras, no es fácil valorar económicamente los daños ambientales. No existen muchas metodologías, aun en los países más avanzados en estos temas,¹⁴ que permitan deter-

“[...] los recursos financieros de que podrá disponer el FONAM para el cumplimiento de sus deberes, tendrán origen en las siguientes fuentes: [...] 7) El 50% del monto de las indemnizaciones impuestas y recaudadas como consecuencia de las acciones instauradas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución Política, por daños ocasionados al medio ambiente y a otros de similar naturaleza que se definan en la ley que regule esta materia [...].”

¹⁴ En Estados Unidos, por ejemplo, existe el CERCLA (Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act), más conocido como el Superfund (Superfondo) cuyo principal propósito es la limpieza de lugares contaminados por residuos peligrosos. Esta gran norma incluye entre otras cosas, no sólo la obligación de restaurar las áreas afectadas, sino la obligación de pagar los daños causados al medio ambiente con base en el principio de la responsabilidad objetiva (strict liability).

Claudia Mora Pineda

minar el costo del daño. Como si fuera poco, no existen inventarios sobre los recursos naturales que permitan determinar, al menos, qué existía antes de que ocurriera el daño, para establecer efectivamente cuánto se afectó.

ii) Las audiencias públicas de conciliación dentro de la acción popular: Algunos doctrinantes han discutido la procedencia de la audiencia de conciliación en aquellos procesos relacionados con derechos colectivos. Su argumento está basado en los siguientes términos: si el derecho colectivo pertenece a todos, ¿por qué unos pocos pueden disponer de él y conciliar sobre el mismo?

El argumento en principio tiene solidez jurídica. Y en este orden de ideas, un contaminador podría autodemandarse, para a través de una conciliación burlar la ley e impedir que se le pueda volver a demandar en un futuro. Sin embargo, ¿qué ocurre si el demandado reconoce que si contaminó, o que está causando daños al medio ambiente y decide cumplir voluntariamente con las pretensiones del demandante? No tendría ningún propósito continuar con un proceso hasta el final, padeciendo costos procesales y el paso del tiempo en los anaqueles de un juzgado.

En razón a todo lo anterior, el artículo 75 de la ley 99 de 1993 estableció la obligación de convocar a una audiencia pública para someter a discusión el proyecto de transacción que previamente hayan presentado las partes (demandante y demandado) al juez y que debe ser enviado para su concepto al Ministerio del Medio Ambiente. En la audiencia pública que será dirigida por el juez, podrá intervenir, además de las partes y el ministerio del Medio Ambiente, cualquier persona que haya presentado previamente comentarios escritos sobre el proyecto de transacción.

Hasta la fecha, sólo se ha realizado una audiencia pública de transacción con fundamento en este artículo de la ley 99. Ésta ocurrió dentro del proceso de acción popular instaurado por Fundepúblico contra la empresa Molinos Roa S.A. por el problema de contaminación generado por la disposición inadecuada de la cascarilla de arroz, en el cual la empresa reconoció que causaba un problema ambiental y en conjunto con un experto que

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

aportó la comunidad, diseñaron incineradores para quemar la cascarilla del arroz y vender la ceniza como abono para las flores.

La acción de tutela

La acción de tutela se consagró en la Constitución Colombiana sancionada y promulgada el 6 de julio de 1991, como el mecanismo de defensa de los derechos constitucionales fundamentales (derecho a la vida, el trabajo, la salud, etc.).¹⁵ La Acción de tutela constituye la herramienta expedita, conveniente y necesaria de actuación ciudadana en defensa de los derechos constitucionales fundamentales y propia de una sociedad participativa y directamente involucrada en la actividad estatal.¹⁶

Muchos debates se dieron alrededor de la definición de los derechos fundamentales no sólo al interior de la Asamblea Constituyente sino también al momento de buscar su efectividad a través de sentencias de las altas cortes como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.¹⁷ Sin embargo, fue esta última cor-

¹⁵El artículo 86 de la Constitución reza: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando crea que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

¹⁶Marcela Monroy Torres y Fernando Álvarez Rojas. 1993. *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la Acción de Tutela*. Biblioteca Jurídica Dike. Tomo I.

¹⁷Sobre estos planteamientos profundiza el doctor Manuel José Cepeda en su libro *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1992.

Claudia Mora Pineda

poración la que, como máximo garante de la Constitución Nacional y de Tribunal de Tutela, indicó que corresponde al juez la labor de identificación de los derechos fundamentales: “El juez debe buscar, como lo dice el artículo 2 del decreto 2591 de 1991, la naturaleza del derecho fundamental que permita su tutela. Es entonces en la naturaleza, en el estudio de su esencia, en donde el juez descubre si está frente a un derecho fundamental”.

Con el propósito de orientar el trabajo del juzgador de tutela en la identificación de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional señaló una serie de criterios principales y auxiliares. Dentro de los primeros, señaló: a) si el derecho es “esencial” de la persona humana y b) si el Constituyente lo reconoció expresamente como fundamental como ocurre en el artículo 41. Dentro de los criterios auxiliares reseñó: a) los tratados internacionales sobre derechos humanos; b) el art. 85 que enumera los derechos de aplicación inmediata; c) la ubicación y denominación del derecho; d) la existencia de una “supergarantía” en su reforma, según el artículo 377.

El derecho a gozar de un ambiente sano, a pesar de las grandes discusiones que se dieron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, no fue consagrado bajo el capítulo denominado “De los derechos fundamentales”.¹⁸ A este derecho, que como se ha repetido en varias oportunidades se le dio especial importancia en la Constitución de 1991, se le proporcionó un capítulo especial denominado “De los derechos colectivos y del ambiente”, con lo cual, en principio, se presentaba un interrogante frente a la posibilidad de buscar la protección de este derecho a través de la acción de tutela.

¹⁸ En la sesión del 11 de abril de 1991 de la Comisión V de la Asamblea Constituyente, la constituyente Aída Abello planteó la importancia de consagrar el medio ambiente como un derecho fundamental de la siguiente manera “[...] la carta de derecho que se discute en la comisión primera, consigna el derecho que toda persona tiene como un derecho fundamental del hombre el del medio ambiente consagrado no sólo como un problema social -de derecho social- sino como un derecho fundamental en la parte de los derechos del hombre. Sería importante discutirlo en un contexto tanto que sea considerado como un derecho, para de esta manera determinar mecanismos de garantía”. (Grabaciones magnetofónicas. Presidencia de la República).

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

La Honorable Corte Constitucional, mediante sentencia T-415 de junio de 1992, abordó la discusión del tema de la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección del medio ambiente desde dos perspectivas: a) si existen bases para afirmar que el derecho al ambiente es un derecho humano fundamental a la luz de la Carta Política o b) si el problema se limita a la protección de un derecho a través de su conexidad con otros.

La solución a este planteamiento fue dado en la misma sentencia en los siguientes términos:

en el caso de los derechos difusos, la norma constitucional que los consagra y su estatus de derecho fundamental se descubre bajo la óptica de los valores, de los principios y de las circunstancias del caso. La conexión que los derechos colectivos pueden presentar, en el caso concreto, con otros derechos fundamentales, pude ser de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, éstos prácticamente desaparecerían o se haría imposible una protección eficaz.

Esta interpretación de la Corte Constitucional, dio origen a uno de los criterios jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela: el criterio de conexidad (con un derecho fundamental de aplicación inmediata).

Otro criterio señalado en la ley (Decreto 2591 de 1991, artículo 6) y que puede ser utilizado en el caso de la protección del medio ambiente, es la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual la decisión es del juez de tutela mientras se presenta la acción judicial de fondo que corresponda al caso en concreto, que en el medio ambiente puede ser la acción popular o la acción de cumplimiento según las circunstancias de facto.

De manera tal que en cada caso concreto en que se busque la protección del medio ambiente a través de la acción de tutela, el juez debe determinar si existe conexidad con un derecho fundamental o si la tutela fue instaurada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual deberá observar el cumplimiento de esta última circunstancia (el perjuicio irremediable).

Claudia Mora Pineda

La discusión en este asunto más bien estaría encaminada a cuestionar por qué el Constituyente no consideró el derecho a gozar de un ambiente sano, como un derecho fundamental. Es más, como derecho esencial para el ejercicio de otros derechos importantes como la vida, la salud, el derecho de los niños, etc.

La acción de tutela resultó, sin duda alguna, un verdadero instrumento de reivindicación social. Para nadie es un secreto que a raíz de la consagración de este mecanismo de participación, nuestro país quedó si se puede decir, entutelado. La anterior afirmación no es una crítica; por el contrario es una muestra del atropello de los derechos fundamentales en nuestro país y de que finalmente apareció un mecanismo que puede hacer la protección de los derechos una realidad. Sin embargo, no se puede desconocer que se han presentado abusos en su utilización.

Las decisiones de la Corte Constitucional sobre acciones de tutela en materia ambiental, han sido variantes y en algunos casos contradictorias. A pesar de ello, en algunos casos la acción de tutela ha sido el único medio efectivo para detener actividades que generan contaminación y peligro para la vida y salud de los habitantes. Asimismo, ha permitido que se actúe frente a daños ocasionados sobre los recursos naturales que ocurrieron años atrás, pero cuyos efectos negativos sobre el ambiente y las personas persiste en la actualidad. La Corte Constitucional, a través de la tutela, ha sentado jurisprudencia sobre el alcance de algunas normas constitucionales referentes al medio ambiente como la función ecológica de la propiedad, la participación comunitaria en la protección del medio ambiente, entre muchos otros. Todos estos aspectos han hecho de la acción de tutela un mecanismo de participación eficaz (aunque subsidiario) para la protección del medio ambiente.

La acción de cumplimiento

Al igual que las acciones tratadas anteriormente, la acción de cumplimiento fue consagrada en la Constitución Política como un mecanismo de defensa del interés público. A través de este

La defensa judicial del medio ambiente en Colombia

instrumento, los ciudadanos pueden acudir al órgano jurisdiccional con el fin de buscar el efectivo cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.¹⁹

A esta consagración subyacen cuatro aspectos importantes: a) es un mecanismo de participación que permite al ciudadano buscar el efectivo cumplimiento del ordenamiento jurídico, b) entrega a los jueces un poder supremo, al otorgarles la facultad de compelir a la autoridad administrativa renuente al cumplimiento de las leyes o los actos administrativos, c) sirve como advertencia al legislador para que desarrolle su función en forma lógica, concreta y sobre todo dinámica y d) sirve, asimismo, de advertencia para la autoridad pública para que cumpla el fin de la función administrativa definido en el artículo 209 de la Constitución Nacional.

Fueron estos aspectos precisamente los que tuvo en cuenta la Asamblea Nacional Constituyente al discutir el tema de la acción de cumplimiento:

Tenemos que reconocer que el problema legislativo que se ha visto en Colombia no es solamente porque el Legislativo no legisle, en todos sus órdenes, sino también que esa ley, esas ordenanzas, esos acuerdos, muchas veces no los ejecutan; entonces lo que queremos establecer aquí es una acción para que una vez la ley ha cumplido con todo su trámite y ha entrado en vigencia a través de su publicación o a través del mecanismo mediante el cual la misma norma prevé cuándo entra en vigencia, pues sea puesta en vigencia de verdad, y que las personas por ese interés general que les asiste, tengan un mecanismo a través del cual se puedan hacer efectivas y por eso las hemos denominado acción de ejecución y cumplimiento (Sesión de mayo 6 de 1991, intervención del constituyente Jaime Arias).

De acuerdo con lo anterior, la acción de cumplimiento le brinda a los ciudadanos la realización de los deberes omitidos por la

¹⁹ El artículo 87 de la Constitución reza: "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

Claudia Mora Pineda

autoridad, con lo cual se logra la verdadera vigencia y aplicación de las leyes y de los actos administrativos, lográndose con ello la materialización del imperio de la ley.

A pesar de lo anterior, la acción de cumplimiento fue desarrollada por la ley 393 de 1997 estableciendo unos requisitos a la procedencia de esta acción que dificultan su aplicación. En el campo ambiental la acción de cumplimiento podría tener un desarrollo importante si se tiene en cuenta que son muchas las leyes ambientales que no son cumplidas.

De todos los mecanismos anteriormente descritos, la acción de tutela es quizás la que más desarrollo ha tenido, especialmente por la rapidez y eficacia con que es resuelta. Sin embargo, como se vio tiene ciertas limitaciones en su aplicación cuando de proteger el derecho a gozar de un ambiente sano se trata.

5

LOS DESAFÍOS DEL DERECHO AMBIENTAL CON RESPECTO A LA DEFENSA DE LOS INTERESES DIFUSOS: REFERENCIA A LAS PROPUESTAS DE LA NUEVA LEGISLACIÓN BOLIVIANA

Antonio Andaluz Westreicher *

1. Presentación del problema

1.1. Definiciones operativas

Si yo soy afectado en un bien o derecho de mi titularidad, estamos frente a un bien individual y mi interés en defenderlo será también individual.

Si la afectada es una persona jurídica, agrupación de hecho o colectividad cualquiera, estaremos frente a un bien colectivo y su interés en defenderlo será colectivo, a través de sus representantes legales, mandatarios judiciales o líderes naturales.

Pero si los titulares somos todos, por ejemplo, de los bosques del dominio fiscal, el aire, las tierras y las aguas públicas, las playas o las áreas verdes urbanas, etc., estamos frente a bienes comunes, en el sentido de recursos de acceso abierto, y el interés en defenderlos será difuso.

* Sociedad Boliviana de Derecho Ambiental.

Antonio Andaluz Westreicher

1.2. El problema

Y el problema es que, en los dos primeros casos, hay un interés directo y de un titular directo, que es el afectado y, para recurrir a la contundencia gráfica del lenguaje figurativo, quien lo afecta le estará pisando el callo a alguien en concreto, que reaccionará echando mano a cuanto recurso le brinde la ley para defenderlo, casi tan automáticamente como reaccionaría el titular del callo pisado, con respecto al autor del pisotón.

En cambio, la tragedia de los bienes comunes (*The Tragedy of the Commons*), es que son de todos y, por tanto, de nadie; es decir, si todos somos los titulares, nadie tiene la titularidad; rigiendo lo propio a la hora de su defensa, desde que son realidades correlativas.

En suma, la relación es titularidad-interés directo-reacción en defensa, *versus* falta de titularidad-desinterés-no reacción. Que es el problema por resolver.

2. Aproximación a la solución

2.1. La importancia de pensar una “ingeniería jurídica” para los intereses difusos

De ahí la importancia de pensar una “ingeniería jurídica” para los intereses difusos y que no baste, simplemente, con seguir produciendo normas sustantivas y procedimentales de tutela ambiental, sin pensar quién las activará en nombre de todos o cómo se resolverá el problema de la falta de titularidad, ingénito a su carácter de bienes comunes y definitorio de su naturaleza de intereses difusos.

2.2. La prueba ácida de vigencia social y eficacia real de las normas

Para decirlo, precisamente, desde el punto de vista del productor de la norma -que es lo que la mayoría de nosotros ha estado haciendo- y ver si basta con producirlas, sin pensar en la solución del problema de fondo -falta de titularidad- o en la creación de activadores procesales y mecanismos que la suplan, cuan-

El derecho ambiental y la defensa de los intereses difusos

do menos paliativamente, pongamos a los dos legisladores –el de los intereses directos y el de los intereses difusos– considerando el nivel de vigencia social y eficacia real de sus normas, simplemente por la cantidad de veces que son invocadas por sus destinatarios y aplicadas por la autoridad.

Descubriremos esta simple fórmula, que en adelante deberíamos tener en cuenta al conformar nuestras leyes, a saber:

Que no hay normas con más destinatarios, por definición, que las que tutelan los intereses difusos de la sociedad y nadie legisla para más que este legislador; pero que aún las normas tutelares de intereses directos con menos destinatarios, y de los legisladores que para menos legislan, son más invocadas y aplicadas en la práctica, y, por tanto, socialmente más vigentes y jurídicamente más eficaces, y, en esta misma medida, justifican tanto más a sus legisladores.

Esto, por más que en el segundo caso estuviéramos frente a un acto irresponsable o de evidente bastardía del legislador, pero a buen recaudo de intereses directos en lo que respecta a este parámetro; y a despecho del formidable esfuerzo que pudiera haber desplegado el primero en una seria formulación, o de todo el coraje implicado en su acto de conciencia y su honestidad intelectual.

2.3. La dimensión del problema

El punto es que las leyes se dan para cumplirse y que sólo son leyes las que se cumplen o en la medida en que se cumplen.

Y –como que las leyes no se modifican sólo por la derogación o la abrogación y, eventualmente, por la revolución, sino también por el desuso– sólo ese detalle nos falta en la legislación ambiental: que las leyes se cumplan. Vale decir, que sean leyes. Casi nada. O, en el mejor de los casos, que dejen de ser lo poco ley que son, en la medida de lo poco que se vienen cumpliendo.

Por eso dije en otro lado que de la derogación o la abrogación todos se cuidan, y de la revolución todos asumen que ya no hay

Antonio Andaluz Westreicher

que cuidarse, pero lo que viene haciendo de las suyas en el derecho público y, particularmente, en los intereses difusos, es el desuso, y aun en su más grave expresión, a saber, acabar desusado, por no haber empezado a usarse.

2.4. Identificado el problema, identificada la solución

Con lo que el problema no es la cantidad de destinatarios ni la legitimidad de la norma, sino el carácter directo o difuso de los intereses que tutela, y que marca la relación con la titularidad o no titularidad de los bienes jurídicamente tutelados, que es con lo que tenemos que enfrentarnos.

En efecto, retomando el ejemplo de los dos legisladores, veremos que el trabajo del primero termina con la promulgación y que, soltada la norma, siempre habrá un ejército de aliados naturales –los beneficiarios de los intereses directos tutelados– que la esperarán para blandirla como una filosa espada contra sus eventuales pisadores de callos y exigir su aplicación por la autoridad competente.

Y este axioma operaría, inclusive, hasta para la norma hipotéticamente más descabellada; con que sólo tutelara intereses directos. Así, por ejemplo, si estableciese que en adelante todo trabajador tiene derecho a seis meses de vacaciones pagadas en una isla del Caribe –hamaca incluida, más su dama de compagnía– por cada año de trabajo efectivo de cuatro horas diarias, el ejército serían los trabajadores.

Y si fuese al contrario y más bien estableciese que no habrán vacaciones sino hasta después de 15 años de récord laboral efectivo, y de 12 horas diarias, el ejército serían los empleadores.

Aplíquese esto al ejército de arrendatarios, si la norma fuese el congelamiento indefinido de alquileres y su conversión automática en propietarios después de cinco años de ocupación. O al de arrendadores, si fuese la elevación a discreción del canon arrendaticio, la terminación unilateral de los contratos, el lanzamiento con auxilio de la fuerza pública por simple carta notarial

El derecho ambiental y la defensa de los intereses difusos

y el secuestro, remate o adjudicación, sin orden judicial, de los bienes del ocupante por los pagos atrasados o las refacciones invocadas, y, por último, con el arresto civil, si el propietario está de mal humor.

En suma, retomando nuevamente el ejemplo de los dos legisladores midiendo la vigencia social y la eficacia real de sus respectivas normas frente a la cruda realidad de los más pragmáticos parámetros de medición, a saber, la cantidad de veces que son invocadas por sus destinatarios y aplicadas por la autoridad competente, digamos que en las normas tutelares de intereses directos “las que se arma” después de la promulgación, corre por cuenta de los destinatarios; y el legislador se limita a recrearse desde las graderías, contemplando el espectáculo “de las que se armó” con su ocurrencia, por insensata que ella fuese.

En cambio, el legislador B –el de los intereses difusos– soltará la norma y, sentado en las graderías al lado del legislador A, para competir con el espectáculo de la puesta en escena de su libreto, comprobará con desolación que, frente a este criterio de medición de la bondad de su producto en oferta, todos corren al caserito improvisado de la esquina, que, no importa lo dudoso de la calidad de sus productos ni lo dudable de sus pesas y medidas, no se da abasto para atender, mientras los suyos, no que siquiera sean despreciados –que ya sería bastante– sino que, simple y llanamente, son ignorados, como si no existieran.

Y esa es la diferencia entre los intereses directos y los intereses difusos, y entre producir un libreto que siempre tendrá su público asegurado y producir un libreto donde, además, hay que producir al público. La simple diferencia entre la titularidad y la no titularidad, y donde el desafío es ver cómo titular el bien o, cuando menos, titularizar su defensa.

3. Propuestas y experiencias concretas en el marco referencial de la nueva legislación boliviana

3.1 Dar titularidad, en lo posible, a los bienes comunes (titular el bien)

Si la tragedia de los bienes comunes y los intereses difusos, es

Antonio Andaluz Westreicher

ser comunes y difusos, la principal estrategia será darles tanta titularidad como sea posible, lo que equivaldrá a convertir los intereses difusos en directos, y acabar con la tragedia de los bienes comunes, acabando con su carácter de común.

Simplemente, otorgar los recursos en propiedad o cualquier otra forma de titularidad clara, con plazo suficiente y seguridad jurídica efectiva, bajo determinadas regulaciones que aseguren la prevalencia de los intereses de la comunidad.

El principio para acabar con el dogma de la supuesta inotorgabilidad o inapropiabilidad, por naturaleza, origen y fin, de determinados recursos, es simple: Si lo importante de los bienes comunes es el interés de la comunidad y es eso lo que los define, y si el carácter difuso de los intereses sobre tales bienes es lo que más atenta –y ha atentado históricamente, y en todas las latitudes– contra ellos, en interés de la propia comunidad debe acabarse tanto como sea posible con su carácter común y asignarles una titularidad que vele mejor por ellos, y con la sola condición que satisfaga y resguarde los mismos intereses por los que se los reputaba comunes.

En el caso de Bolivia, a falta de consenso sobre la propiedad de los bosques, la nueva Ley Forestal (Nº 1700 del 12 de julio de 1996) optó por la concesión a 40 años, prorrogable por trámite sucesivo a resultas de las auditorias forestales quinquenales, en que, de obtener un dictamen favorable, se prorroga el contrato por cinco años más, estando en manos del concesionario llevar el plazo virtualmente a perpetuidad o finiquitarlo con la reversión a la primera auditoria.

Adicionalmente, su contrato es título suficiente que amerita el lanzamiento en 72 horas de cualquier ocupante ilegal, bajo simple orden administrativa de la instancia local de la Superintendencia Forestal y con el auxilio de la Policía Nacional o, en su defecto, por rebasamiento de fuerzas, de la guarnición más cercana de las Fuerzas Armadas.

En este orden de ideas, para el caso de los bosques de protección declarados, cabe preguntarse ¿qué es preferible, en función

El derecho ambiental y la defensa de los intereses difusos

de los resultados, retener el dominio y el manejo fiscal o darlos en propiedad o concesión? Y la respuesta debería ser: lo que más resulte en función de los objetivos deseados.

Y no creo que, con lo dudoso que fuese la segunda alternativa, alguien desconfíe de que, cuando menos, el dominio y el manejo fiscal, no están resultando.

Sin embargo, hay legislaciones en la región que, por hacerlo mejor, declaran del dominio fiscal hasta las franjas de protección ribereña y las laderas dentro de las propiedades privadas, y lo único que hacen es empeorar las cosas, vale decir, destitularizar, cuando la destitularidad es, como se ha visto, la causa de la causa que es causa de lo causado.

En este sentido, en la nueva Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria o Ley INRA (Nº 1715 del 18 de octubre de 1996), hay cuando menos dos avances muy claros: De un lado, la posibilidad de otorgar tierras en concesión “para la conservación y protección de la biodiversidad, investigación y ecoturismo”, y, de otro, la creación de la Superintendencia Agraria, con estatus jurídico privilegiado, para velar por el uso sostenible de las tierras según su capacidad de uso mayor.

3.2. Crear activadores procesales y mecanismos de defensa (titularizar su defensa)

Por ejemplo, crear los Procuradores Ambientales y Fiscales Ambientales como los abogados y acusadores especializados, respectivamente, que actúan como agentes catalíticos entre la población y el Estado, ya está en esta línea de titularizar la defensa de los intereses difusos; como lo está la legitimación activa de cualquier ciudadano para accionar en tutela del ambiente (*legitimatio actio et ad causam*), considerada, en el caso boliviano, en la Ley del Medio Ambiente Nº 1333 del 27 de abril de 1992.

En esta misma línea, es un avance que se haya reconocido en el Reglamento General de Áreas Protegidas (D.S. Nº 24781 del 31 de julio de 1997) personalidad jurídica a las áreas protegidas y representación legal a sus directores, con lo que, además de titu-

Antonio Andaluz Westreicher

laridad propia, incluyendo patrimonialidad, tienen capacidad legal para actuar directamente en defensa de la intangibilidad del área.

Lo que resta es reconocer la función de policía que emana del Estado a los cuerpos oficiales de guardaparques y cuyo comandante nato debe ser el director del área, así como capacidad coactiva para ejecutar administrativamente el lanzamiento de intrusos, decomisos y remates; todo lo cual se quedó en proyecto.

Finalmente, en esta misma línea también ha sido positivo el ensayo de entregar a la administración de las ONG (por ejemplo, la Fundación Amigos de la Naturaleza con relación a la administración de los Parques Nacionales Noel Kempf Mercado y Amboró) u otras instituciones (por ejemplo, la Academia Nacional de Ciencias con respecto a la administración de la Estación Biológica del Beni), invistiéndose al director propuesto, para efecto del ejercicio de actos que impliquen autoridad, mediante el nombramiento oficial por el ministerio del ramo.

En el caso de la Ley Forestal (1700 del 12 de julio de 1996) hay varias figuras interesantes que merecen resaltarse:

a. La ficción jurídica por la cual cualquier ciudadano puede ser investido como autoridad con sólo obtener un *libramiento de visita* de la Superintendencia Forestal para inspeccionar operaciones forestales, al punto que comete delito de resistencia, desobediencia o estorbo a la autoridad quien dificulte sus tareas; con todo lo que esto significa en términos de construir una red nacional de coadyuvantes al control.

b. La ficción jurídica por la que los ingenieros y técnicos al servicios de los actores forestales o agropecuarios son agentes auxiliares de las Superintendencias Forestal y Agraria, respectivamente, mereciendo sus documentos e informes fe pública, pero a cambio de ser sancionados con figura agravada de delito de falsedad ideológica o material en caso de defraudar la confianza depositada por el Estado.

c. La posibilidad de formular denuncias por instancia anónima a fin de evitar represalias, lo que implica obtener cargo de

El derecho ambiental y la defensa de los intereses difusos

recepción en documento apócrifo, como garantía de que, a su vez, la autoridad no se aprovechará del carácter anónimo para omitir una actuación diligente.

d. El libro de registro de denuncias que debe estar a la vista del público en toda instancia vinculada del Régimen Forestal de la Nación y en el que debe registrarse las denuncias verbales.

e. El acceso público a la información con sólo sufragar el importe de las copias fotostáticas, para lo cual “la Superintendencia Forestal publicará trimestralmente en un periódico de circulación nacional una lista suficientemente indicativa, a efecto de los mecanismos de control social, de los instrumentos relevantes que se han producido en el periodo”.

f. Las audiencias públicas para los actos relevantes.

g. La prepublicación y audiencia pública para normas modificatorias de carácter reglamentario.

h. La obligación del Superintendente Forestal de rendir informe semestral circunstanciado a la Contraloría General de la República e informe anual al presidente de la República, con copia al Congreso Nacional.

i. La posibilidad de establecer Reservas Privadas del Patrimonio Natural hasta de 5 mil ha en tierras de propiedad privada, siendo sus titulares o representantes los directores del área y, donde, por ficción jurídica, resultan investidos de autoridad para el efecto.

j. El mandato de un “programa permanente de difusión” de la legislación forestal, a cargo del Ministerio de Desarrollo Sostenible y Planificación, la Superintendencia Forestal y las Prefecturas, “por medios que lleguen eficazmente a los diversos actores forestales y a la población en general, explicando didácticamente el contenido, la razón de ser y el sentido de sus normas, en la perspectiva de estimular un proceso creciente de acatamiento, así como de participación de los mecanismos de control social en el Régimen Forestal de la Nación” (Art. 23º del Reglamento General, D.S. Nº 24453 del 21 de diciembre de 1996).

Antonio Andaluz Westreicher

6

PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y JUSTICIA PARA LA NATURALEZA

Rafael González Ballar *

Los mitos de la integración centroamericana y la integración de nuestras realidades sociales y jurídicas

Todos sabemos que en la actualidad el proceso de integración en Centroamérica tiene grandes limitaciones; uno de tantos es la participación ciudadana real y con ello el rescate del derecho consuetudinario y los derechos colectivos de nuestros pueblos y comunidades. Según nuestro criterio, se ha hecho predominar lo macroeconómico, la adaptación a los problemas de la globalización, la firma de tratados de libre comercio en detrimento de los derechos anteriores y de la posible efectividad de cualquier instrumento.

Estas limitaciones tienen su origen en varios problemas macroestructurales, entre ellos: I) el papel que se le ha asignado al Estado en los últimos 15 o 20 años y que ha implicado descuidar nuestra realidad social para resolver esencialmente problemas de ajuste estructural y macroeconómicos. II) Por otro lado se ha pretendido construir el proceso de integración como un simple instrumento de apertura comercial hacia el resto del mundo, descuidando los niveles de integración en lo económico, político,

* Justicia para la Naturaleza, San José, Costa Rica.

Rafael González Ballar

social y sin poner especial atención en los problemas ambientales y de identidad cultural. III) La verdadera integración se puede lograr cuando exista una serie de niveles y temas en los cuales la participación sea real.

El papel del Estado y el mito de la participación ciudadana

Cuando se reconoció el esquema del desarrollo sostenible como importante para cualquier país del mundo, se tenía claro que implicaba tomar en cuenta tres variables, todas igualmente importantes: la económica, la social y la ecológica. La realidad nos ha demostrado que en los últimos 15 o 20 años hemos priorizado lo económico en detrimento de los otros dos con resultados nada halagadores.

En lo que respecta al papel del Estado tenemos que recordar lo que los organismos internacionales ya han debatido desde hace tiempo. En la primera visión, que data de unos 15 o 20 años, la llamada del Estado interventor, su carácter centralizado y su rigidez llevaron a una separación de la realidad social y de sus exigencias. En la segunda, el Estado es un estorbo y sus funciones deben ser mínimas para dejar la mayoría de las cosas al desarrollo del mercado. Lo esencial para nuestra exposición de ambas experiencias durante estas dos últimas décadas ha sido que ambos modelos han dejado una serie de secuelas para el ciudadano, para la sociedad civil en general, pues ha generado un proceso de exclusión de grupos sin lograr siquiera su mínima participación en la toma de decisiones y en la satisfacción de necesidades básicas. Por ejemplo, uno de los problemas esenciales relacionados con los conocimientos tradicionales y derechos colectivos que son una realidad en su nivel fáctico (real), valorativo (ético) y hasta normativo (con el Convenio sobre Biodiversidad hoy firmado y ratificado por una mayoría de países) encuentra un choque fundamental con los TRIPS impulsados por la OMC y que están imponiendo derechos de propiedad intelectual sobre la Biodiversidad. Lo anterior, sin que este tema haya sido debatido como esencial por las comunidades más afectadas ni por medio de algún proceso de participación ciudadana. Este aspecto, emi-

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

nentemente social, queda relegado por la prioridad que se le quiere dar a tener precios de mercado en relación con la biodiversidad en detrimento del sentir social, de los sistemas tradicionales de conocimiento y los derechos colectivos que van implicados.

Las secuelas se terminan de agravar cuando el modelo de derrame aparece sumado al modelo del Estado mínimo, y en la década de los 80 se empieza a vender la idea de que los países tenían que realizar sacrificios para obtener metas de carácter macroeconómico, para lograr equilibrios económicos y financieros que conllevarían necesariamente a un progreso económico y los beneficios terminarían por derramarse sobre el conjunto de la población acabando con los principales problemas de pobreza.

Hoy, y por las estadísticas que veremos, el final feliz nos demuestra que la realidad actual de muchos de nuestros países no responde a supuestos del modelo mencionado ni las políticas estatales generaron los efectos deseados.

Según datos del Banco Mundial, 1 300 millones de habitantes del planeta reciben un ingreso menor de un dólar por día, hallándose por tanto en situación de pobreza aguda. Dos quintas partes de la población mundial carecen de servicios sanitarios adecuados y electricidad.

Entre 1965 y 1980 esa situación afectó a 200 millones de pobres. Entre 1980 y 1993 a mil millones; 800 millones de personas no reciben suficientes alimentos y cerca de 500 millones tienen un estado de desnutrición crónico. 17 millones de personas mueren cada año de infecciones y enfermedades parasitarias curables, como la diarrea, malaria y tuberculosis.

El *World Employment Report* de la OIT señala que en 1995 30% de toda la mano de obra del mundo se hallaba desempleada o subempleada. Al mismo tiempo que altas tasas de desempleo, hay un traslado continuo de personas hacia la llamada economía informal. En América Latina por ejemplo, el empleo del sector informal representaba 40.2% de la mano de obra ocupada no agrícola en 1980. En 1995 había pasado a constituir 55.7% de dicha mano de obra. La tasa de desempleo abierta de esa región se estimaba en 1996 en 16.2%.

Rafael González Ballar

Según datos de la OIT las mujeres están desproporcionadamente representadas entre los pobres, los desempleados y los subempleados. Los niños son altamente vulnerables a los avances de la pobreza. Una tercera parte de los niños de países en desarrollo se hallan malnutridos. La mortalidad infantil para niños menores de 5 años es en ellos de 97 por mil, casi 6 veces mayor que la de países desarrollados.

De acuerdo a los datos suministrados por la UNICEF, perecen por año en América Latina y el Caribe 600 mil niños por causas evitables. Forzados por las circunstancias son parte creciente de la mano de obra en diversos países en condiciones deplorables de explotación.

El derecho debe convertirse en el instrumento que pueda ayudar no sólo a eliminar obstáculos que producen los anteriores fenómenos, sino a legislar para lograr una visión del Estado. Lo primero que se podría recomendar es que el Estado tiene que ser facilitador y promotor de una conciliación entre el desarrollo económico y el social. Es decir, tenemos que lograr que lo jurídico sea el instrumento para lograr una visión socioeconómica en todos los campos. Debemos trabajar sobre sus estructuras organizacionales y eficientizar la gestión incorporando técnicas modernas de gerencia. Es buscar desenvolver un esquema de cooperación entre los principales actores sociales.

Hoy día se habla de promover un “Estado inteligente”. En palabras de Bernardo Klisberg es:

Un Estado inteligente en lo social, no es un Estado mínimo ni ausente de acciones puntuales de base asistencial, sino un Estado con una verdadera Política de Estado, y no de partidos políticos de cada 4 , 5 o 7 años. Políticas de Estado en educación, salud, nutrición, cultura, orientado a superar las gruesas iniquidades, capaz de impulsar la concertación entre lo económico y lo social, promotor de la sociedad civil, con un papel sinergizante permanente. Esta vez, no se trata de postular un modelo teorizante más. Este tipo de reflexiones sobre el Estado va surgiendo con mucha fuerza de la experiencia histórica de las últimas décadas.

El derecho debe tratar de fomentar un Estado altamente eficiente en lo económico, e igualitario en lo social. Lógicamente,

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

debe buscarse una relación estrecha entre lo económico y lo social. La participación ciudadana es una forma de lograr eliminar formas de exclusión de grupos y de que exista una presencia más fuerte de la sociedad civil y los operadores sociales para convertir, a su vez, al Estado en una institución altamente eficiente.

La integración económico-social-ambiental

La integración real es un problema que va más allá de lo económico, el social y lo ambiental son prioritarios. La aprobación del Plan de Acción Económico Centroamérica (PAECA) en la cumbre de presidentes centroamericanos, celebrada a mediados de 1990 en Antigua, Guatemala, marca el inicio de un proceso de revitalización y reestructuración de la integración centroamericana. En el nivel nacional la mayoría de los países centroamericanos adoptan nuevas y similares estrategias económicas. Éstas se caracterizan por su rechazo al modelo de desarrollo interno y al intervencionismo estatal y por su apoyo a la apertura al exterior y al libre funcionamiento de las fuerzas del mercado. La integración se concibe para muchos de estos países como un elemento que puede facilitar estas nuevas estrategias económicas.

El enfoque de la “nueva” integración difiere bastante de la “vieja”. En el pasado la integración se veía desde un enfoque de demanda. En cambio, la nueva integración se entiende a partir de un enfoque de oferta, como un instrumento para ganar competitividad y poder lograr así una nueva activa inserción en la economía internacional.

Hasta ahora, la nueva integración ha funcionado básicamente como un instrumento para lograr una mayor apertura comercial hacia el resto del mundo. El resultado ha sido una sustancial y sostenida recuperación del comercio intraregional, pero que no alcanza las cifras de los mejores años del modelo anterior. La incertidumbre en estos momentos se centra en la capacidad de la integración para ir más allá de la liberación comercial.

Con la creciente aprobación del Tratado de Libre Comercio en-

Rafael González Ballar

tre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), en tanto que se establece la progresiva desaparición de las barreras a las exportaciones mexicanas a Estados Unidos, podría ser significativo para Centroamérica por dos motivos:

- 1) Dado que ese tratado mejora las condiciones de acceso de México a Estados Unidos, el NAFTA aparece como una amenaza a las exportaciones de dicho país, especialmente las de textiles y confección, así como las inversiones norteamericanas en la región que serán más proclives a encaminarse a México.
- 2) En otros sectores el NAFTA aparece como una promesa de mejor acceso de Centroamérica a los mercados norteamericanos.

El NAFTA podrá significar una relativa pérdida de influencia de los Estados Unidos en Centroamérica a causa de la disminución de la cooperación bilateral norteamericana con la región. Además, en su proceso de integración económica, habrá de encontrar crítica la situación respecto a los derechos de los trabajadores y la protección del medio ambiente y la participación de la sociedad civil estará en controversias sobre los TRIPS y el respeto a derechos colectivos y conocimientos tradicionales, pues al predominar el libre comercio y los derechos de propiedad intelectual tenderán a excluir a los pueblos de la gestión de la biodiversidad.

El anexo del tratado del NAFTA sobre el medio ambiente es bastante claro, y los sindicatos norteamericanos lograron incluir cláusulas para evitar efectos de "dumping". Cumplir este anexo por parte de la región significará cambios sustanciales a las regulaciones y esquemas del monitoreo de la situación ambiental. Es extraño que esta protección no esté presente en la agenda de la región, por ejemplo, en los casos de la reconversión industrial o la regulación ambiental.

La incertidumbre se centra en la capacidad y voluntad de los países para ir más allá de la liberación comercial para alcanzar niveles de convergencia y de acciones comunes en otros campos como el medio ambiente. Mientras existan acciones que parecen respaldar una profundización de la integración en el campo co-

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

mercial no parece que la integración se conciba como un elemento de las estrategias nacionales de desarrollo, que permita la transformación productiva y la complementariedad regional de las actividades.

Al contrario, Estados Unidos está muy satisfecho con el desarrollo en Centroamérica. La región no juega más un papel en la política de seguridad de Estados Unidos y por eso no necesita más ayuda de cooperación, dejando esta tarea a las agencias multilaterales y a los europeos. Estados Unidos quiere tratar con los países centroamericanos como grupo y no individualmente. Es decir, que la integración centroamericana, para NAFTA, implica la amortización de leyes, reguladores y reformas institucionales. "La Alianza para el desarrollo sostenible" salió a la mesa en una reunión entre Clinton, Gore y los presidentes centroamericanos a finales de 1993. Según Estados Unidos una afiliación centroamericana a NAFTA no será factible en esta década. Por eso, la idea sobre la alianza fue oportuna para llenar una agenda vacía entre Estados Unidos y Centroamérica. Pero de todos modos, esa iniciativa podría tener potencialidades para ser un evento político muy importante para los esfuerzos en favor de que los países del área discutan temas y logren que el Convenio de Diversidad Biológica se desarrolle como instrumento internacional para promover el uso sostenible y la conservación de la Biodiversidad pero basada en el control comunitario de los recursos.

Es necesario no permitir que el Convenio degeneré en un simple instrumento de mercado para facilitar la comercialización de los recursos biológicos y los conocimientos relacionados con ellos.

El papel asignado al Estado en los últimos años, la exclusión de grupos de una participación ciudadana y social más activa y real ha generado problemas en el uso de los recursos naturales y el ambiente en general y, como lo hemos venido manifestando, una comercialización y errónea manipulación de los nuevos derechos colectivos.

Todas las tierras fériles de la costa y boca-costa del Pacífico centroamericano han sido impactadas tanto social como ecológi-

Rafael González Ballar

camente de alguna manera, debido a las prácticas con cultivos para la agroexportación que se intensificaron a partir de los años cincuenta, hasta nuestros días (algodón, pastos, carne, café, banano y azúcar ya establecidos). Todo por falta de una política clara en cada país, en relación con el ambiente y en forma predominante hacia el reconocimiento del derecho consuetudinario y los derechos colectivos. Dentro de este proceso los pequeños agricultores fueron sustraídos de las tierras más fértiles por los finqueros para sustituir los policultivos tradicionales por los monocultivos “más productivos” y la ganadería. Ha sido poco el acceso real de las comunidades locales a los recursos productivos (tierras, créditos, tecnologías, infraestructuras, servicios básicos, y el derecho a la participación real y efectiva).

La acumulación de tierras fértiles en pocas manos tuvo consecuencias mayores: un mayor número de campesinos que se quedaron sin tierras (convertidos en mano de obra barata local) y fueron empujados a tierras marginales de la costa del Atlántico o a las plantaciones de banano esparcidas por extensas áreas de la costa Atlántica de la región, han contribuido a la eliminación del bosque natural remanente y con la extendida contaminación del medio ambiente (ríos y playas), afectando millares de personas, al usar plaguicidas de alta peligrosidad. Al mismo tiempo, las necesidades diversas y presiones internas y externas hacen que los gobiernos mismos contribuyan a la explotación forestal de estas áreas.

A pesar de algunas reformas agrarias que han contribuido indudablemente a la emergencia de una capa de pequeños y medianos productores consolidados, el problema del acceso a la tierra y del mini fundío agravado por la presión demográfica, sigue siendo en la mayoría de los países un elemento que limita fuertemente a gran número de productores la intensión y sostenibilidad de la producción agrícola del pequeño campesino y desemboca, al fin y al cabo, en una rápida degradación de los suelos.

La liberación del comercio afecta la pequeña producción campesina que es un sector de mucho peso en la región. Ellos tienen grandes problemas de competitividad y comercio de sus produc-

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

tos. Además, hay una participación campesina mínima en las instituciones que regulan y definen las políticas de producción y comercialización.

El deterioro de la situación del medio ambiente tiene que ser visto en conjunto, integrando los siguientes problemas: el acceso a la tierra sigue siendo el primer problema del sector agrícola. Éste es agravado por la presión demográfica, las políticas económicas, las políticas agrarias y la limitación de conocimientos científicos. Así como la escasa o ninguna protección al derecho consuetudinario y a los derechos intelectuales comunitarios. El resultado es el minifundio, con reconstitución de grandes propiedades; lo que implica más campesinos sin tierra, ganadería extensiva, deforestación, avance de la frontera agrícola, venta de la tierra a extranjeros incluyendo compañías extranjeras que incluso compran por medio de testaferros. Ello ha llevado a una predominancia de sistemas de producción poco intensivos e insostenibles.

La participación ciudadana como factor para potenciar la dimensión socio-ecológica, el reconocimiento del derecho consuetudinario y los derechos intelectuales comunitarios

Por medio de la Alianza para el Desarrollo (ALIDES) y de la CCAD los países centroamericanos deben realizar:

1) Un profundo cambio en la educación. Es necesario educar para tomar decisiones y ejecutarlas conforme al interés colectivo. La democracia representativa nos ha maleducado y mal acostumbrado a que todo o casi todo lo decide el Estado. No estamos todavía educados para saber tomar decisiones y muchas veces menos para ejecutarlas.

2) La toma de decisiones en varios puntos neurálgicos: a) Política de créditos, negociación de la deuda externa, políticas arancelarias, política fiscal, que van a tener profundos impactos en el campo social. b) Por otra parte, la información que se maneja en los procesos de toma de decisiones respectivas es casi integralmente generada por las áreas económicas. Son limitados los insumos de información aportados por las áreas sociales, apli-

Rafael González Ballar

cados en los mismos. c) Debe abarcar las diversas etapas del proceso de formulación de las políticas. d) Significa acceso directo de las áreas sociales a la conformación de las agendas de discusión. e) Se necesita armar una institucionalidad que vaya facilitando niveles crecientes de coordinación. f) Se requiere una jerarquización efectiva de las áreas sociales, en términos de su acceso a los centros de poder básicos. En lugar de continuar “sectorizando” se requiere crear un espacio social, “interinstitucional” que permita aumentar los vínculos concretos entre los diferentes actores. g) Una de las principales “oportunidades” de transformación positiva del Estado social en los países en desarrollo se halla en la descentralización de los servicios sociales hacia las regiones y municipios. Los ejemplos de los proyectos de la ley Colombiana y Costarricense y la ley Boliviana de participación ciudadana nos demuestra cómo cada una en su realidad hace balance de la forma como se pretende el traslado de la cuota de poder. Primero en los tres textos bajo el criterio de fiscalización de entidades de gobierno y su actividad y luego trasladando cuotas de poder hacia los municipios para que de una manera más directa se pueda participar en la toma de decisiones. Lo anterior son pasos que se toman en la dirección de ir democratizando al Estado y de tratar en la realidad de que esto permita ir perfilándola de una manera más igualitaria con la intervención del proceso de participación ciudadana. Debe quedar claro que el derecho y la participación general de la sociedad civil deben tener como prioridad la transformación del rol del Estado y la importancia de cambios educativos en todos los niveles, que se pueda potenciar por medio de la participación ciudadana.

3) La formulación de una política, con participación civil amplia, sobre el enfrentamiento que se da entre los derechos de propiedad intelectual colectivos, el derecho consuetudinario y los derechos de propiedad intelectual de la OMC.

La sociedad civil es uno de los más grandes recursos de la nación para ayudar a desarrollar e implementar proyectos, políticas y reglamentaciones. El público, los ciudadanos y las organizaciones no gubernamentales (ONG), en conjunto con el sector empresarial, son todos los miembros de la sociedad civil. Indivi-

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

dualmente, cada miembro de una sociedad civil agrega una perspectiva única al proceso gubernamental de toma de decisiones. El permitir que todos los miembros del público den a conocer sus puntos de vista y hagan que éstos sean tomados en consideración, mejora la calidad de vida mediante la expansión de la base de conocimientos para las decisiones. Adicionalmente, la participación de la sociedad civil mejora la credibilidad, efectividad y responsabilidad de la actuación del gobierno. Una sociedad con una participación transparente, misma que incluye discusiones y escrutinio tanto en el ámbito público como institucional. Este tipo de procesos da como resultado una mejor implementación de los objetivos en materia, así como un apoyo fortalecido por parte del público para la acción gubernamental.

4) En la elaboración de políticas socioambientales y en las regulaciones internas de los países es necesario que se retome el principio básico que inspiró el Convenio de Biodiversidad (CDB) de que la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad se sustenta en los derechos de las comunidades locales y en promover la participación y el control de las comunidades en su gestión. Es importante que se tome en cuenta los derechos colectivos de las comunidades indígenas y locales para utilizar, intercambiar y desarrollar libremente la biodiversidad y que estos derechos se tomen como derechos *sui generis*, incluso superiores (por ser de alto interés público) sobre los derechos privados de propiedad intelectual. La aplicación de los TRIPS en nuestros países debe ser cuestionada y suspendida por chocar con el CDB.

En Costa Rica la reciente Ley de Biodiversidad por la relación de sus artículos 77, 82 y siguientes reconoce la existencia y validez de distintas formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlos por medio de los mecanismos legales más apropiados para cada caso específico. El texto propone un equilibrio al reconocer formas de propiedad intelectual de tipo individual o empresarial al amparo de patentes y derechos del fitomejorador y los derechos comunitarios *sui generis*. Con este artículo se ha pasado a positivizar costumbres ancestrales relacionadas con formas de conocer, de utilizar, intercambiar, cultivar y proteger la biodiversidad y los ecosistemas. Incluso, los

Rafael González Ballar

derechos de propiedad intelectual individual están condicionados por los anteriores en caso de que hubiere conflicto.

Pero lo más interesante es que dispone que por medio de la participación de comunidades indígenas y campesinas se deberán determinar alcances, naturaleza y requisitos para normar los mismos. Podemos fortalecer todo lo anterior con los criterios y principios contenidos en el Convenio Sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes ratificado por nuestro país y donde la protección de la mercantilización y el monopolio, la salvaguarda de las culturas, estilos de vida y prácticas culturales así como el derecho de redefinir los aportes en la innovación en la ciencia y la tecnología complementan los argumentos que se vienen dando. Incluso, sumamente importante para nosotros, se reafirma la propiedad colectiva o comunal en contraposición a la propiedad individual propia de nuestras culturas occidentales. Es de notar que se habla de territorios y no de tierras lo que significa control de ecosistemas completos. Por último se utiliza el concepto de inalienabilidad de las tierras con lo cual existe imposibilidad de traspasarlas a ningún otro individuo o comunidad.

Conclusiones

La verdadera integración de los países centroamericanos será posible y más eficaz cuando podamos tener un Estado que cambie su función hacia una tendencia concertadora, pero teniendo una presencia real ni muy interventor ni tampoco totalmente ausente. El cambio de rol lo llevará a aceptar que tiene que ser eficiente en el nivel económico y en la búsqueda de la igualdad. La búsqueda de la igualdad lo llevará a priorizar la participación ciudadana como forma de integrar lo social dentro de un número de decisiones que políticamente sean importantes para los actores sociales involucrados. Esto llevará a que socialicemos la economía y no como ha sucedido hasta el momento.

Debemos buscar una participación ciudadana que implique el desarrollo de las comunidades y grupos, por las comunidades y grupos y con las comunidades y grupos involucrados.

Participación ciudadana y justicia para la naturaleza

La aplicación de los TRIPS es un ejemplo más de la priorización de lo económico sobre lo social y ecológico por ello en nuestros países debe ser cuestionada y suspendida hasta que se encuentre una solución a las incompatibilidades con el CDB. Dicho convenio tiene que desarrollarse en el área como un instrumento internacional que no degenere en un instrumento más de mercado para facilitar la comercialización de los recursos biológicos y los conocimientos relacionados con ellos.

En la revisión de los TRIPS en 1999 nuestros países tienen que asegurarse que se excluyan de los derechos de propiedad intelectual los seres vivos y el conocimiento relacionado con los seres vivos.

Nuestros países tienen que asegurarse de legislar para desarrollar una participación que les permita obtener beneficios. Por lo tanto es necesario poner en práctica el sistema de cuentas ambientales buscando una política y metodología para lograrlo.

Rafael González Ballar

7

LA PROTECCIÓN LEGAL Y SOCIAL DE LOS SISTEMAS DE SABERES INDÍGENAS, LA BIODIVERSIDAD Y LOS RECURSOS GENÉTICOS

Arturo Argueta Villamar *

Introducción

Unos años antes de que concluyera el siglo XIX, en 1896, Karl Lumholtz, un naturalista noruego cada vez más inclinado hacia los estudios antropológicos, financiado por el Museo de Historia Natural de Nueva York y la Sociedad Geográfica Americana, provocó la ira de los indígenas p'urhépecha por extraer esqueletos y cráneos humanos del panteón de Cherán, Michoacán, y por intentar comprar el cuerpo completo de un hombre recién fallecido en el mismo pueblo, como contribución a la ciencia. Una fuerte reacción estuvo a punto de ocurrir y los p'urhé hubieran recurrido al antiguo argumento de Fuenteovejuna, pero los aires y las aguas bajaron de nivel. El episodio lo podemos conocer actualmente porque en su libro *El México desconocido*, Lumholtz honra a la verdad cuando dice:

Era un magnífico ejemplar de su raza; pero ni el dinero ni argumento alguno me valieron un ápice. Molesto por tan inquebrantable

* Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe

Arturo Argueta Villamar

ble resistencia, hubo momento que pensé telefonear a las autoridades pidiéndoles que expidiesen una orden perentoria a fin de que me entregasen el cuerpo; mas acaso fue mejor no haber extremado las cosas, pues, aunque por entonces no lo sabía, aquellos tarascos de la Sierra, una vez encolerizados, muy capaces hubieran sido de convertirme, a mí o a cualquier otro extranjero testarudo en cadáver. (Lumholtz 1981).

Más de cien años antes, en 1787, el Rey Carlos III aprobó la Real Expedición Botánica al reino de la Nueva España, a semejanza de las que ya se realizaban en Perú y Santa Fé, con el fin de que

se examinen, dibujen y describan metódicamente las producciones naturales de mis Fertiles Dominios de Nueva España no solo con el objeto general, e importante de promover los progresos de las ciencias Phisicas, desterrar las dudas, y adulteraciones que hay en la medicina, tintura y otras artes útiles que aumentan el comercio; sino también con el especial de suplir e ilustrar y perfecionar, con arreglo al estado actual de las mismas ciencias naturales, los escritos originales que dexo el Doctor Francisco Hernández, Protomédico de Felipe Segundo, por fruto de la expedición de igual naturaleza que costeó aquel monarca, y (que) hasta ahora no ha producido las completas utilidades que devian esperarse de ella. (Zamudio 1991: 24)

La Expedición de Francisco Hernández se llevó a cabo entre 1570 y 1577.

Ambos ejemplos nos muestran que: i) no son asuntos nuevos las investigaciones botánica, biológica y antropológica, la bioprospección y ni siquiera la etnobioprospección, ii) tampoco lo son la existencia de ejemplares de vegetales y animales, frutos, maderas, tinturas, resinas, semillas y otros materiales de los países del Sur en los herbarios, jardines botánicos, colecciones zoológicas y bancos de germoplasma, de los países del Norte, iii) que la bioprospección siempre ha estado ligada al comercio y por tanto al uso y explotación de los recursos naturales, la biodiversidad y los recursos genéticos.

Actualmente, numerosos organismos tales como gobiernos, universidades, jardines botánicos y zoológicos, pero sobre todo

La protección legal y social de los saberes indígenas

compañías y empresas de las industrias farmacéutica y alimentaria, están financiando diferentes programas de bioprospección y etnobioprospección que acuden a México y a los países megabiodiversos de América Latina, en busca de nuevos recursos promisorios.

Los grandes problemas ambientales como el cambio climático, el agotamiento de la capa de ozono, el efecto invernadero, la deforestación y la desertificación, entre otros, seguramente estimularán cambios impredecibles en las tipologías de las enfermedades humanas y de los seres vivos en general. Frente a ese gran desafío, “el acceso a una diversidad genética abundante será la clave para la sobrevivencia de la humanidad. Si la diversidad desaparece, a ella le seguirá nuestra propia desaparición”, dicen los miembros del Grupo Crisol (1994: xii), y podemos agregar que esa afirmación es más cierta aun para los pueblos indígenas y originarios del hemisferio occidental.

¿Cuáles serán nuestras condiciones en la década siguiente?, ¿qué tenemos y qué podremos tener para oponer a la avalancha de presiones, esfuerzos científico-empresariales, proyectos y planes para la búsqueda y obtención de nuevos productos y subproductos derivados de la riqueza de especies de los países tropicales? Los dos casos señalados al inicio de este texto nos muestran también que siempre han existido: i) la férrea oposición local al saqueo y al robo, ii) la inexistencia de derechos y protocolos o convenios que velaran por el ejercicio de los derechos indígenas, iii) alguna reserva de cordura y modernamente el establecimiento de códigos de ética entre los científicos.

Por lo anterior es necesario señalar los obstáculos y oportunidades para que los pueblos indígenas y las comunidades locales incidan en la toma de decisiones y en la gestión de los recursos naturales en sus territorios y fuera de ellos, así como proponer recomendaciones orientadas a mejorar los procesos de participación social en la elaboración de normas, reglamentos y leyes relacionadas con las comunidades locales y los pueblos indígenas, y en el diseño de mecanismos, instrumentos e instituciones encargadas del estudio y aprovechamiento sustentables de la biodiver-

Arturo Argueta Villamar

sidad y los recursos genéticos. En resumen, debemos proponer vías para que en el siglo XXI no se repitan las órdenes reales, ni haya la necesidad de recurrir a las autoridades de la capital para que una comunidad o pueblo indígena pueda contener la avalancha de presiones, esfuerzos científico-empresariales, proyectos y planes para la búsqueda y obtención de nuevos productos y subproductos derivados de la riqueza de especies de los países tropicales.

Para hacerlo, revisaremos primero los saberes indígenas y sus relaciones con los estilos de aprovechamiento de la biodiversidad y los recursos genéticos, en segundo lugar las formas de protección legal internacional y nacional, en tercer lugar las formas de protección social en algunos países de las américas, y finalmente una perspectiva global sobre la protección legal y social, y para el aprovechamiento sustentable de los sistemas de saberes indígenas, la biodiversidad y los recursos genéticos.

1. Los sistemas de saberes indígenas y la apropiación social de la naturaleza

Los sistemas de saberes indígenas (Ssi) a los que también se les ha denominado como ciencia indígena (De Gortari 1963), ciencias nativas (Cardona 1986), conocimiento popular o ciencia del pueblo (Fals-Borda 1981, 1987), sabiduría (Villoro 1989) o macrosistemas (López-Luján y López-Austin 1996), a los que se les incluye en dominios más amplios que la literatura designa como saberes subyugados o tradición científica no occidental, constituyen el bagaje intelectual que sirve a los pueblos indígenas para organizar, analizar, interpretar y modificar el mundo.

Una parte fundamental de los sistemas de saberes indígenas son los saberes relativos a la biodiversidad y el medio ambiente, que en la literatura se han designado como etnobotánica (Harshberger 1896), etnozoología (Henderson y Harrington 1914), etnobiología (Castteter 1936), etnoecología (Conklin 1954), conocimientos ecológicos tradicionales (Berkes 1992), y conocimientos ambientales tradicionales (Johnson 1992).

La protección legal y social de los saberes indígenas

Entre sus características debemos señalar que en México y en América Latina estos saberes casi siempre son de carácter local o regional, de transmisión oral, aprendidos por observación directa y experiencia personal, se elaboran de manera intuitiva e incluyen componentes de creencia y emoción subjetiva, generalmente son holísticos y globalizadores y aspiran a la profundidad.

Los mejores textos de los cronistas del siglo XVI, los viajeros y aficionados a la arqueología del XIX y, recientemente, los antropólogos, agrónomos y etnobotánicos, entre otros científicos, han registrado y estudiado los sistemas de saberes para la admiración de las generaciones presentes y futuras, indígenas o no indígenas.

Es necesario y cada vez más urgente, debido a la enorme erosión cultural que acompaña los procesos de migración, conurbación y destrucción comunitarias, como lo hemos señalado con anterioridad, elaborar una agenda de investigación y auto-investigación sobre los sistemas de saberes indígenas, para relevar saberes sistemáticos o susceptibles de sistematizarse, estructuras de conocimientos completos o fragmentos de ellos, posibles de reconstruirse, y sistemas de saberes o elementos de los mismos, que pueden reconfigurarse, aunque para ello (subrayemos esto) debe procederse mediante un minucioso cuidado metodológico para asegurar que los resultados no arrojen un artificio ideológico, sin existencia ni posibilidades de verificación (Argueta 1997: 82). Brack-Egg establece la tesis de que

los pueblos indígenas [...] son centros de conocimientos tradicionales muy importantes para la ciencia, la tecnología y la actividad económica modernas, y los conocimientos son de gran valor actual y futuro para el desarrollo sostenible de la región amazónica. Por desgracia, este preciado tesoro no está sirviendo en forma adecuada para el desarrollo de los mismos pueblos indígenas, sino que, una vez más, sirve para generar actividades económicas en beneficio de terceros, como ha sucedido con los sucesivos saqueos de los recursos amazónicos desde la quina (*cinchona officinalis*), la uña de gato (*uncaria tomentosa*) y la sangre de grado (*croton draconoides*). (Brack-Egg 1997: 203)

Arturo Argueta Villamar

La lista mexicana se iniciaría con el palo de tinte (*Haematoxylon campechianum*) y continuaría sin agotarse, con el barbasco (*Dioscorea composita*).

Los sistemas de saberes indígenas no deben pensarse en términos estáticos sino en términos de transformación y cambio permanente, lo que equivale a decir que evolucionan hacia niveles crecientes de comprensión de los fenómenos, pero también pueden volcarse al reduccionismo y la pérdida. Lazos, ha estudiado recientemente los acervos de los conocimientos ambientales de un pueblo indígena de Veracruz y advierte: “Actualmente, entre los nahuas del sur de Veracruz, el conocimiento integral del uso múltiple sobre los recursos [naturales] está muy fragmentado entre los hombres, es casi nulo entre las mujeres y no tiene futuro entre los jóvenes” (Lazos 1997: 8).

Los sistemas de saberes indígenas son colectivos y aunque existen porciones que son individuales y de grupos especializados y existen también saberes diferenciados por sexo y actividad, es necesario insistir en la necesidad de reconocer los saberes colectivamente, porque entre los pueblos indígenas no hay saberes que se guarden para beneficio exclusivo de los individuos. Los esfuerzos para la defensa de la biodiversidad y los recursos genéticos, como recursos de posesión colectiva de los pueblos indígenas, deben tener como premisa el que los sistemas de saberes indígenas son gestados y utilizados colectivamente.

2. La protección legal internacional y nacional

Los convenios internacionales para la conservación y protección legal de la biodiversidad y los recursos genéticos, obligatorios para los países que los ratifiquen mediante resolución de sus cuerpos legislativos, son el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Convenio 169 de la organización Internacional del Trabajo. Ambos, como bien se sabe, no han logrado tener la ratificación de países determinantes, como en el primer caso, o en el segundo, de un mayor número de países, sin que por ello dejen de ser documentos rectores en nuestro país, ya que han sido ratificados por el Poder Legislativo de la República Mexicana.

La protección legal y social de los saberes indígenas

Existe otro conjunto de documentos de enorme relevancia para el tema, como el Borrador de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Indígenas, el Borrador de la Declaración Interamericana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o el documento de los Derechos del Agricultor, promovido por la FAO, que aunque no tienen carácter obligatorio deben demostrar sus argumentos y servir como referencia para la elaboración de políticas y propuestas.

El siguiente nivel es el de los acuerdos regionales y aquí conviene destacar el interesante ejemplo de la Decisión 391 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (JUNAC) relativa al establecimiento de un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos. Dicha Junta trabaja en el marco del Pacto Andino (se agrupan Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) que desde 1992 impulsa esfuerzos regionales para definir, entre otros asuntos, una posición regional para contribuir a la conservación de la biodiversidad y normar, mediante un marco legal vinculante, el acceso a los recursos genéticos entre los países miembros.

Entre los puntos relevantes del Proyecto de la Decisión 391 se encuentran los siguientes: i) Se reconoce la soberanía de los países miembros sobre el uso y aprovechamiento de sus recursos, ii) Se destaca la condición multiétnica y pluricultural de los países andinos, iii) Se resalta la contribución histórica de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales a la diversidad biológica, su conservación y desarrollo y a la utilización sostenible de sus componentes, así como los beneficios que dicha contribución genera.

En el Artículo 7 se “reconocen y valoran los derechos y la facultad para decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales, sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociados a los recursos genéticos y sus productos derivados”. Se establece un procedimiento denominado Contrato de Acceso, que se firma entre el Estado, representado por la Autoridad Nacional Competente y el Solicitante del Acceso. En el caso de que en el Acceso intervengan componentes relativos al “componente intangible o conocimiento de las comunidades in-

Arturo Argueta Villamar

dígenas, campesinas o poblaciones locales”, el Contrato de Acceso debe incorporar un Anexo de Contrato, donde se prevea la distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de la utilización de dicho componente (Art.35). También se crea mediante esta Decisión 391 el Comité Andino sobre recursos Andinos, conformado por los Directores de las Autoridades Nacionales Competentes en el tema.

No es que todo esté resuelto, pero la iniciativa de los países del Pacto Andino es un estímulo para el desarrollo de acuerdos regionales y subregionales que permiten trabajar sobre realidades muy específicas (Cfr. Miranda, 1997) y sobre todo, es importante subrayarlo, un primer paso hacia el re establecimiento del multilateralismo que es negado por la propuesta consistente en establecer convenios bilaterales de acceso a los recursos genéticos entre países, mediante términos mutuamente acordados como lo señala el Artículo 15.4 del CDB.

Respecto a la legislación nacional que involucra pueblos indígenas o comunidades campesinas y locales y protección de la biodiversidad y los recursos genéticos, el panorama de América Latina nos muestra que cuatro países han legislado sobre el tema y tienen leyes o reglamentos específicos: Costa Rica (1977), Argentina (1985), Paraguay (1981) y Chile (1993) y dos países han legislado sobre Estatutos de Autonomía: Nicaragua (1987) y Panamá (1983-1993). Es necesario un análisis más detallado para establecer los puntos de apoyo en la construcción de los marcos jurídicos legales nacionales de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales en cuanto a la biodiversidad y los recursos genéticos. La mayoría de las leyes existentes fueron hechas antes de 1992, con excepción de la de Chile, por lo que no están en consonancia con las propuestas del Convenio sobre la Diversidad Biológica en temas como el apoyo a los saberes indígenas para el aprovechamiento social de los recursos genéticos (Art. 8.j), la protección de los usos y formas consuetudinarias de aprovechamiento (Art. 10.c) y el otorgamiento del consentimiento fundamentoado previo (CFP) que señala el Art. 15.5, entre otros.

Por otra parte, las Leyes Indígenas no son necesariamente el

La protección legal y social de los saberes indígenas

instrumento nacional único para la adopción de medidas relativas al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y originarios, campesinos y locales; por ejemplo, en el caso de Bolivia no existe una ley indígena, pero las reformas a los artículos 1 y 171 de la Constitución Nacional, y la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (o Ley INRA) y la Ley Forestal, establecen y reconocen la figura de los territorios comunitarios de origen (TCO).

El Art. 41 de la Ley INRA, señala que

Los TCO son los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivos, compuestos por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles.

Esta figura reivindica el derecho de los pueblos indígenas y originarios no sólo a la tierra, sino a la posesión del territorio, por lo que supera los viejos modelos agraristas y garantiza de manera explícita el derecho de los pueblos, como propietarios colectivos del territorio, al uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (flora, fauna y aguas). La Ley Forestal, en el Art. 32, garantiza a los TCO la exclusividad en el aprovechamiento forestal.

En los próximos diez años del siglo XXI, se llevarán a cabo diversos procesos de consulta (aunque en algunos casos puede insistirse en los viejos mecanismos de la exclusión, o en la consulta de última hora, que es lo mismo), para elaborar las Leyes y Reglamentos sobre Biodiversidad, Recursos Genéticos, Bioseguridad y Derechos de Propiedad Intelectual. Dentro de ese conjunto, no debe perderse de vista que dichas consultas y procesos legislativos se harán paralelos (y deben ser vinculantes) a la elaboración y establecimiento de las Leyes y Reglamentaciones sobre los Pueblos Indígenas que en la próxima década se establecerán en la mayoría de los países de América Latina. Está por ser

Arturo Argueta Villamar

aprobada en curso de la Declaración Interamericana de Derechos Indígenas; así mismo, en algún momento de los próximos años, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Indígenas, y la evaluación de los resultados del Decenio de los Pueblos Indígenas, de la ONU, lo que significa instrumentos coadyuvantes para establecer jurisprudencia sobre el tema y momentos propicios para hacer recuento de logros y obstáculos.

Está en proceso de realización una nueva etapa de Reformas Agrarias en América Latina, dirigidas sobre todo al saneamiento y titulación de las tierras, así como al establecimiento de sistemas de depuración del Catastro Agrario. En medio de tales esfuerzos, no debe perderse de vista, trabajar sobre lo que se ha logrado en Bolivia en relación al reconocimiento de los Territorios Comunitarios de Origen, reconocimiento que pone en manos de las comunidades y los pueblos no sólo la tierra, sino que las hace dueñas, de pleno derecho también, de la biodiversidad y los recursos genéticos ahí existentes.

En ambos tipos de documento, Leyes sobre Biodiversidad y Leyes Indígenas (y aún en las leyes y reglamentos sobre tierras, bosques y aguas o Leyes sobre desarrollo rural), debe abrirse un capítulo completo, o varios capítulos, sobre la Biodiversidad y los Recursos genéticos, que entre otros aspectos señalen claramente que: i) la biodiversidad y los recursos genéticos que se encuentren en las tierras y territorios indígenas deben ser propiedad de los pueblos que los poseen y tener exclusividad o prioridad en su aprovechamiento, ii) se garantiza el derecho de los pueblos a ser informados y a consentir o no (mediante mecanismos explícitos y formales, de toma de decisiones) los programas de bioprospección que se vayan a realizar en sus territorios, iii) se garantiza la participación de los pueblos, en caso de una decisión positiva, en los procesos de bioprospección a través de coinvestigadores locales, iv) se establecen regulaciones y normas claras para la participación de los pueblos en los beneficios derivados de la bioprospección y la elaboración de productos, subproductos, patentes y marcas, v) no se aprueba ninguna patente, sin la confirmación de los pueblos indígenas, que usan y ofrecieron el material biológico.

La protección legal y social de los saberes indígenas

3. La protección social en algunos países de América Latina

Denomino protección social a los sistemas de vigilancia y protección que brindan los pueblos y las organizaciones indígenas, las organizaciones de apoyo y de cooperación internacional comprometidos en la denuncia y la demanda de la biopiratería pasando de la negociación a la iniciativa mediante el establecimiento de instrumentos locales y regionales, basados en los marcos jurídicos legales nacional e internacional.

Desde hace una década, algunas organizaciones indígenas y campesinas en América Latina, han establecido organismos técnicos para la planificación, la investigación, la capacitación y la promoción de los SSI, algunos de los cuales se dedican a la investigación y la experimentación, así como a las tareas de la protección legal y social de la biodiversidad y los recursos genéticos. Tal es el caso, entre otros, de PEMASKY (Proyecto de Estudio para el Manejo de Áreas Silvestres de Kuna Yala) en Panamá, el Instituto Amazanga entre los Shuar y Quichua del Ecuador, el Programa de los Maestros Ticuna en Brasil, la Confederación Indígena de Bolivia (CIDOB) y el Centro de Investigación y Experimentación para el Desarrollo de los zapotecos de México.

PEMASKY ha establecido acuerdos de trabajo con las entidades de investigación que tienen interés en llevar a cabo inventarios florísticos y faunísticos, o estudios ecológicos en el área Kuna. Señala Eudicio Castillo que

cuando hay científicos que quieren trabajar en esta región, deben aceptar las condiciones de estos acuerdos. Hacemos contratos directos con los científicos demandando su respeto hacia las reglas de descubrimiento que nosotros hemos establecido. Les pedimos copias de sus investigaciones y que todo demuestre estar en orden. (Rothschild 1996: 99)

pero señala también que el Congreso General Kuna y el PEMASKY han acordado no permitir estudios de bioprospección, internacionales o nacionales, en la Comarca Kuna.

Los técnicos indígenas de El Instituto Amazanga están llevando a cabo el inventario de los recursos naturales localizados en

Arturo Argueta Villamar

los territorios indígenas de la selva amazónica, para que la biodiversidad sea aprovechada para el desarrollo sustentable de los pueblos indígenas de la región, pero además dedican parte de sus esfuerzos a “frenar la avalancha de grupos que se han desplazado a los territorios indígenas en los últimos años”, entre ellos, universidades, compañías petroleras, fundaciones y grupos privados. Sin embargo, la avalancha de organismos sólo podrá ser frenada de manera efectiva, si cada miembro de las comunidades indígenas y de los pueblos originarios tienen información sobre el tema. Leonardo Viteri señala que están

pensando en incorporar un programa de educación ambiental y establecer un sistema de comunicación para que las comunidades estén sobre aviso de todo lo que pasa en el contexto científico nacional e internacional, además de preparar líderes locales, técnicos y asociaciones comunales para arreglar estos asuntos, para que se cuide y prevenga la entrada de otros. (*Ibid.*: 109)

La CIDOB trabaja en estrecha coordinación con el Centro de Investigación y Documentación para el Desarrollo del Beni (Ciddebeni) organismo técnico de apoyo, quienes a partir de diversos procesos de intercambio de información han decidido establecer una Propuesta de Reglamento de Investigación Científica para los Territorios Indígenas y Áreas Campesinas, al mismo tiempo que un Convenio para la Protección y Reconocimiento de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas, que entre otros puntos señala claramente: i) la necesidad de formalizar una solicitud y el otorgamiento de un permiso para llevar a cabo investigaciones en los territorios indígenas, ii) el establecimiento permanente de la figura del coinvestigador indígena o campesino, iii) la obligación de registrar y regular las colectas de materiales y la extracción de material genético, iv) que las publicaciones deberán ser editadas con coautoría comunitaria, de tal forma que se compartan los derechos intelectuales y los posibles beneficios que resulten de ellos, v) que el pago por obtener información de algún comunero no debe considerarse, en ningún caso, como una adquisición de los conocimientos colectivos de las comunidades, vi) y que en caso de planear llevar a cabo una patente, es necesario negociarla con la organización indígena o campesina.

La protección legal y social de los saberes indígenas

Por su parte, el Programa de los Maestros Ticuna en Brasil tiene como objetivo el inventario y enseñanza del sistema de saberes indígenas sobre el mundo natural a los niños ticuna así como, en el futuro inmediato, la utilización y aprovechamiento social de los recursos de la biodiversidad. El Centro de Experimentación y Desarrollo Indígenas, de los zapotecos de Quiatoni, en México, se encuentra en un proceso de reflexión sobre los significados del progreso y el desarrollo, y de experimentación sobre el papel de los recursos naturales y la biodiversidad como impulsores del desarrollo.

4. Para un aprovechamiento sustentable de los Ssi, la biodiversidad y los recursos genéticos

En el caso de México, es impostergable la necesidad de adelantar el reloj en la agenda de compromisos de la SEMARNAP, en relación a la formulación, consulta y puesta en marcha de la Ley sobre la Biodiversidad (Cfr. Sánchez 1998) y/o la Ley de Acceso a los Recursos Genéticos, así como de sus reglamentos.

Para ello, es indudable la necesidad de aprovechar los marcos jurídico-legales existentes, en lo internacional y nacional, y bajo tal marco general y específico, plasmar el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre la biodiversidad y los recursos genéticos.

Un elemento a considerarse en tal esfuerzo, debe ser la planificación y promoción de Convenios y Acuerdos regionales, en donde México puede establecer una iniciativa conjunta con los países de las regiones de Centroamérica y El Caribe.

Otro de los elementos a considerar es la participación de los propios pueblos indígenas y sus organizaciones que, como en otros casos similares, debe consistir en una participación informada y responsable. La participación informada y responsable tiene su base en programas de formación y actividades de autocapacitación. Se hace necesario, por ello, establecer innovadores y eficaces programas de información, capacitación y entrenamiento sobre los diversos tópicos que se involucran en esta

Arturo Argueta Villamar

temática y auspiciarse y apoyarse amplios programas de investigación-acción, que pongan en manos de los pueblos indígenas las herramientas necesarias para realizar inventarios, establecer bases de datos, sistemas geográficos, biotecnología y procesos tecnológicos para que los propios pueblos sean los que lleven a cabo la recopilación de conocimientos, tecnologías, prácticas, sistemas e innovaciones, sobre el aprovechamiento de la biodiversidad y los recursos genéticos.

Más allá de todo ello, actualmente algunas organizaciones de los pueblos indígenas pueden dedicar parte de sus esfuerzos a la creación de condiciones para el establecimiento de microempresas dedicadas al aprovechamiento de los sistemas de saberes indígenas, la biodiversidad y los recursos genéticos, pues consideran que, de no comenzar a caminar en tal dirección, tendrían que seguir algunos años más sólo formulando denuncias y demandas sobre la bioprospección y la biopiratería, sin actuar en consecuencia. En este contexto, dice Braek-Egg que:

una de las causas de esta situación es que los pueblos indígenas, depositarios de estos conocimientos, han mantenido una actitud de reclamo y de queja desde una visión paternalista, mas no han iniciado un proceso empresarial serio para generar beneficios económicos con base en ello. De seguir esta tendencia, tanto de parte de terceros como de los indígenas mismos, éstos tendrán muy pocas opciones para obtener beneficios del usufructo de las plantas y los recursos genéticos, que hoy mayoritariamente están en posesión de ellos. La única alternativa es generar iniciativas audaces e innovadoras a futuro para lograr aprovechar en forma empresarial estos conocimientos. (Brack-Egg 1997: 203)

Asumir el reto de la apropiación social de la naturaleza (Leff, 1995) o del aprovechamiento socialmente sustentable de la biodiversidad, implica la necesidad de retomar la iniciativa histórica, mediante procesos de gestión directa, capacitación y transferencia de tecnología, recursos e infraestructura, que permitan a los pueblos indígenas y a sus organizaciones participar en los procesos de innovación respecto de la conservación, el manejo y el aprovechamiento sustentable de la biodiversidad y los recursos genéticos existentes en el país y particularmente en sus territorios.

La protección legal y social de los saberes indígenas

Conclusiones

1. Hemos entrado en una etapa de diálogo intercultural entre los sistemas de saberes indígena y no indígena en donde las posibilidades de complementación son cada vez mayores. Se complementan porque un sistema de saber conoce una parte macrobiológica de su microentorno, mientras que el otro sistema de saber posee un comprensión microbiológica de su macroentorno. Los sistemas de saberes están separados orgánicamente, no son lo mismo, y no es deseable que converjan y uno de ellos termine por asimilar al otro, pero tampoco es imposible el diálogo y la afirmación para la divergencia permanente. Ambos sistemas poseen aspectos innovadores y ambos sistemas parecen necesitarse ante los urgentes requerimientos de salud y alimentación en el presente y para el futuro (Cfr. Argueta 1997, Grupo Crisol 1994).

2. Es indudable que una efectiva protección legal y social sólo se puede lograr con la combinación y articulación de los cuatro niveles reseñados: internacional, regional, nacional y local, así como del legal y el social. Por esto, debe propiciarse una interrelación de mecanismos e instituciones que promueva y apoye la conservación y control de los recursos que los propios actores sociales puedan desarrollar desde la base.

3. Los pueblos indígenas y campesinos señalan que están dispuestos a compartir sus sistemas de saberes indígenas, biodiversidad y recursos genéticos (no he encontrado en la revisión de la literatura una sola afirmación en sentido contrario, excluyéndose las patentes sobre el genoma humano), a condición de que el beneficio sea efectivamente para todos, y no sólo para unos cuantos.

REFERENCIAS

- Argueta, A. (coord.). 1994. *Atlas de las plantas de la medicina tradicional mexicana* (3 vols.). México: Instituto Nacional Indigenista.
- Argueta, A. 1997. *Historia y epistemología de las etnociencias*. Tesis de maestría, Facultad de Ciencias, UNAM, México.
- Argueta, A. y R. Ruiz. 2001. “Notas para la construcción de una epistemología de las etnociencias”, en Argueta, A. y E. Leff (coords.) *Etnobotánica y epistemología: a veinte años de las definiciones*. UNAM (en preparación).
- Argueta A. 1998. “Los saberes indígenas y las etnociencias: encuentros y desencuentros”. Segundo Coloquio Historia Socioambiental de México, INI, PNUMA, y otros. México.
- Berkes, F. 1992. *Traditional Ecological Knowledge in perspective*. Winnipeg, Manitoba: Natural Resources Institute.
- Brack-Egg, A. (comp.). s/f. Patentes, propiedad intelectual y biodiversidad amazónica. Quito, TCA.
- Brack-Egg, A. 1997. “Comunidades indígenas amazónicas: centros de conocimientos tradicionales”, en: GEF-PNUD-UNOPS. *Amazonía peruana, comunidades indígenas, conocimientos y tierras titulares. Atlas y base de datos*. Lima: GEF, PNUD y UNDPS, pp. 201-254.
- Cardona, G.R. 1985. *La Foresta di Piume. Manual di Etnoscienza*. Roma: Laterza.
- Castteter, E.F. y M. E. Opler. 1936. *The Ethnobiology of the Chiricahua and Mescalero Apache*. Albuquerque: University of New Mexico Bull.
- Cayuqueo, N. 1996. “Entrevista a Eudicio Castillo”, en Rothschild, David (comp.). *Protegiendo lo nuestro. Pueblos indígenas y biodiversidad*. Quito: SAIIC, pp. 97-105.

La protección legal y social de los saberes indígenas

- . 1996. “Entrevista a Leonardo Viteri”. En Rothschild, David (comp.), *Protegiendo lo nuestro. Pueblos Indígenas y biodiversidad*. Quito: SAIIC, pp. 105-116
- CIDOB. 1998. *Propuesta de Reglamento de Investigación Científica para los Territorios Indígenas y Áreas Campesinas*. Santa Cruz, Bolivia: CIDOB, 7 pp.
- . 1998b. *Convenio para la Protección y Reconocimiento de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas*, Santa Cruz, Bolivia: CIDOB, 10 pp.
- Conklin, H.C. 1954. “An ethnoecological approach to shifting agriculture.” *Transactions, New York Academy of Sciences*, 17: 133-142.
- Fals-Borda, O. 1981. “La Ciencia del Pueblo”, en: *Investigación participativa y praxis rural: nuevos conceptos en educación y desarrollo comunal*. Lima: Mosca Azul.
- . 1987. *Conocimiento y Poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia*. México: Siglo XXI.
- Gortari, Elí de. 1963. *La ciencia en la historia de México*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Grupo Crisol. 1995. *Gentes, plantas y patentes. Impactos de la propiedad intelectual sobre la biodiversidad, el comercio y las sociedades rurales*. Uruguay: CIID-Nordan Comunidad.
- Harshberger, J.W. 1896. “The Purpose of the Ethnobotany”. *American Antiquarian*, v.17, n.2, p. 73-81.
- Henderson, J. & J.P. 1914. Harrington. “Ethnozoology of the Tewa Indians”. *Bulletin*, v. 56, Bureau of American Ethnology, Washington.
- Johnson, M. Lore. 1992. *Capturing Traditional Environmental Knowledge*. Ottawa: Dene Cultural Institute, IDRC.
- Lazos, E. 1997. “Continuidades y discontinuidades: modernidad y tradición en etnobotánica”, en: Argueta, A. y E. Leff (coords.). *Etnobotánica y epistemología: a veinte años de las definiciones*. UNAM (en preparación).

Arturo Argueta Villamar

- Leff, E. 1995. “¿De quién es la naturaleza? Sobre la reappropriación social de los recursos naturales”. *Gaceta Ecológica*, no. 37,
- Legarreta, J. y Mugarik Gabe (comps.). 1998. *Derechos de los pueblos indígenas*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 710 pp.
- Ley del Instituto Nacional de la Reforma Agraria (Ley INRA), La Paz, Bolivia, 1997.
- López-Luján, L y A. López-Austin. 1996. *El pasado indígena*. México: El Colegio de México-Fideicomiso Historia de las Américas-FCE.
- Lumholtz, K. 1981. *El México desconocido*. 2 vols. México: Instituto Nacional Indigenista. (Clásicos de la Antropología, 11).
- Miranda Chávez, Cecilia G. 1998. *Acceso a recursos genéticos y derechos de los pueblos indígenas de Bolivia*. La Paz: Ministerio de Desarrollo Sostenible y Medio Ambiente. 107 pp.
- Sánchez, Ma. Elena. 1998. “Acceso a los recursos y distribución de los beneficios en México”, en: Fondo Mundial para la Naturaleza. *Medidas para controlar el acceso y promover la repartición de los beneficios. Una Selección de estudios de caso*. Gland, Suiza: FMN.
- Vacaflor, J.L. (Comp.) 1997. *Legislación Indígena, 1991-1997*. La Paz: Vicepresidencia de la República.
- Villoro, L. 1989. *Creer, saber, conocer*. México: Siglo XXI.
- Zamudio, G. 1991. El Jardín Botánico de la Nueva España y la institucionalización de la ciencia en México, en: Saldaña, J.J., editor, *Los orígenes de la ciencia nacional*. México: SLHCyT, Facultad de Filosofía y Letras, UNAM.

8

RÉGIMEN DE ACCESO A LOS RECURSOS GENÉTICOS EN LOS PAÍSES ANDINOS Y LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES

Manuel Pulgar-Vidal *

Desde la entrada en vigor en diciembre de 1993 del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), los procesos políticos y normativos para abordar la implementación de su artículo 15 se han multiplicado y acelerado en los distintos lugares del mundo.

El artículo 15 se refiere a los derechos y obligaciones relativos al acceso a los recursos genéticos y su subsiguiente utilización. En siete incisos este Artículo trata sobre temas tan fundamentales como: regulación soberana para el acceso a los recursos genéticos, condiciones para facilitar el acceso, país de origen de los recursos genéticos, condiciones mutuamente convenidas, consentimiento fundamento previo, promoción de investigaciones científicas y medios para compartir los resultados de las actividades de investigación.¹

El creciente reconocimiento respecto a la importancia ecológica de la diversidad genética y, especialmente su importancia so-

* Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

¹ Para un mejor entendimiento del CBD y las obligaciones que de él se desprenden ver: *Guía del Convenio sobre la Diversidad Biológica* del Programa de Biodiversidad y del Centro de Derecho Ambiental de la UICN. 1996.

Manuel Pulgar Vidal

cio económica ha llevado a muchos países, principalmente aquellos denominados megadiversos, a iniciar procesos nacionales tendentes a regular el acceso y uso de los recursos genéticos. Unido a esto debe considerarse que los países del Sur perciben que sus recursos genéticos se aprovechan comercial e industrialmente – en el sector biotecnológico, agroindustrial, farmaceútico, entre otros– por los países del Norte por lo que no sorprende la atención y énfasis puesto sobre este tema en particular.

Por ello, países como Sudáfrica, Malawi, Fiji, Malasia, India, México, Zaire, Costa Rica, los cinco países de la Comunidad Andina, Filipinas y Chile, entre muchos otros, han empezado a diseñar sus políticas en materia de acceso a los recursos genéticos o vienen ya concluyendo sus procesos normativos.

El proceso iniciado por la actualmente denominada Comunidad Andina y que se materializó en la Decisión 391 “Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos” ha llevado a que con distintos grados de avance, los cinco países miembros estén en proceso de discusión y elaboración de la normatividad complementaria requerida para el adecuado funcionamiento de sus disposiciones.

Este proceso, sin embargo, no ha estado exento de dificultades lo que es evidente si consideramos los antecedentes normativos, los obstáculos que las legislaciones nacionales generaron en un acuerdo sub-regional de esta naturaleza y las dificultades generadas por disposiciones de la propia Decisión, sobre lo cual de manera breve trata este artículo. Parafraseando a Jorge Caillaux:²

como ley subregional, la Decisión 391 establece un marco jurídico conceptual en la forma de elementos o reglas básicas aplicables a los países andinos. La principal virtud de la norma es haber propiciado un proceso legislativo en cada país miembro sobre materias no tradicionales y nada exploradas por la ciencia del derecho, que esperamos nos lleve a tener mayor conciencia del valor real y

² Ver Jorge Caillaux, El Debate sobre la Biotecnología en la Región Andina: Actualidad y Futuro, documento de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Recursos y genéticos y derechos de las comunidades

potencial de nuestra diversidad biológica y promueva -a partir de la formalización del flujo de recursos genéticos- un encuentro entre las partes interesadas, sean industrias, centros de investigación, fitomejoradores, agricultores, comunidades indígenas, etcétera.

La definición de una norma subregional como la Decisión 391 atravesó por un extenso debate -que se encuentra presente en todos los países que vienen desarrollando iniciativas destinadas a contar con normas internas para el acceso a los recursos genéticos- en donde es posible identificar de manera muy general hasta tres posiciones bastante divergentes: la primera considera necesario establecer un sistema o régimen nacional de acceso a los recursos genéticos de naturaleza restrictiva, tendente a controlar el flujo y tráfico internacional de recursos genéticos obteniendo los beneficios resultantes de su uso; la segunda es escéptica sobre beneficios que puedan obtenerse especialmente cuando los recursos salen del país y, finalmente, la tercera posición considera posible normar el acceso mediante sistemas regulatorios flexibles, basándose en el potencial de la contratación más que en el de las normas.³

Esta norma subregional fue resultado de un proceso político normativo iniciado a finales de 1993 y que tiene como antecedente normativo el referido artículo 15 de la CDB y la Decisión 345 de la propia Comunidad Andina sobre Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales. Esta última norma garantizó y reconoció la protección de los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales mediante un Certificado de Obtentor. En ella se señaló en el artículo 4 que los países miembros sólo otorgarían certificados de obtentor a las personas que hayan creado variedades vegetales, cuando éstas sean nuevas, homogéneas, distinguibles y estables, dejándose de lado la posibilidad de proteger "descubrimientos", supuesto que sí está reconocido en el

³ Ver Manuel Ruiz, *Entre el acceso a los recursos genéticos, los derechos de propiedad intelectual y la protección de los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales*, Serie de Política y Derecho Ambiental, Programa de Biodiversidad, Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, octubre 1997.

Manuel Pulgar Vidal

Sistema UPOV. En el Acta de 1991, modificatoria del Convenio Internacional para la Protección de Variedades Vegetales (UPOV), se señala expresamente que se entiende por “obtentor” a la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto la variedad.

Asimismo, la Decisión 345 definió el término “crear” como la obtención de una nueva variedad mediante la aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas lo que, podía interpretarse, excluía del ámbito de protección a variedades creadas y desarrolladas a partir de técnicas tradicionales, en contradicción con el artículo 8(j) del CDB. Fue esta Decisión de la Comunidad Andina la que dispuso la aprobación de una norma Subregional de acceso a los recursos genéticos y que derivó en la ya mencionada Decisión 391.

Una política subregional de acceso a recursos genéticos plasmada en la Decisión 391 de la Comunidad Andina, pasa no sólo por contar con el marco jurídico que ella crea y que se sustenta en el CDB, sino también por contar con marcos institucionales adecuados, recursos financieros para su implementación, participación de los sectores involucrados y procedimientos administrativos que provean el mecanismo para el acceso al derecho. Estos elementos están de uno u otro modo presentes en la Decisión 391.

Aspectos relevantes de la Decisión 391

La Decisión 391 define el término “acceso” como la obtención y utilización de los recursos genéticos conservados en condiciones *ex situ* e *in situ* de sus productos derivados o, de ser el caso, de sus componentes intangibles, con fines de investigación, prospección biológica, conservación, aplicación industrial o aprovechamiento comercial, entre otros.

Es importante destacar que no se hace en la Decisión, ni en la definición referida, distinciones respecto al tipo de actividad para la cual se pretende acceder a recursos genéticos. En este sentido se incluyen actividades de índole estrictamente académica y científica (p.e. investigación taxonómica).

Recursos y genéticos y derechos de las comunidades

Por su parte, el artículo 3 de la Definición en cuanto al ámbito señala que se aplica a los recursos genéticos, sus productos derivados y el componente, asociados a las comunidades indígenas, locales y afroamericanas. No se aplica a recursos genéticos humanos ni al intercambio de recursos genéticos que realizan entre sí las comunidades referidas. Como punto de interés, parecería inferirse de las exclusiones del ámbito que sí puede haber acceso a recursos genéticos humanos pero sujeto a otras reglas, que en rigor los paísean aun no definen.

La Decisión reconoce y valora los derechos y la facultad de decidir de las comunidades respecto a sus conocimientos, innovaciones y prácticas asociadas a los recursos genéticos.

Sin embargo, respecto a la condición jurídica de los recursos genéticos, la Decisión precisa que éstos y sus productos derivados son bienes o patrimonio de la nación o del Estado de cada país miembro de acuerdo con su legislación interna, ello sin perjuicio de los derechos o regímenes de propiedad existentes sobre los recursos biológicos que contienen dichos recursos genéticos, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado.

Más allá de la definición jurídica de conceptos tales como “patrimonio”, “nación”, “Estado”, “bienes”, la intención detrás de esta norma es dejar claramente establecido que el Estado es el único titular de derechos sobre recursos genéticos.

Este punto trae algunas interrogantes no resueltas. En el caso de plantas o animales domesticados, ¿cabe en la práctica asumir que el Estado tiene derechos sobre su contenido genético? En el caso de una variedad mejorada en la cual se incorpora un gen sujeto a alguna forma de propiedad intelectual, ¿primará el derecho del Estado respecto al titular de dicho derecho?

Respecto al procedimiento la Decisión 391 señala que éste se inicia con la presentación de una solicitud de acceso, a la autoridad competente; que podrán celebrarse contratos accesorios entre el solicitante y los titulares de los predios o de los recursos biológicos, los centros de conservación *ex situ*, la institución na-

Manuel Pulgar Vidal

cional de apoyo, contratos marco entre el solicitante y los centros de investigación, universidades e investigadores reconocidos, contratos de acceso entre el solicitante y la autoridad competente y finalmente, si fuera el caso, un anexo que implica un contrato con las comunidades por el uso de su componente intangible asociado. Los contratos deben sujetarse a ciertas condiciones mínimas establecidas en la propia Decisión.

Estas normas, referidas al procedimiento, generan algunos problemas con respecto a los costos de transacción, poca claridad en el procedimiento a seguir, la realidad de los mercados de los recursos genéticos, la posibilidad de acceder a recursos genéticos de otras fuentes y la innecesaria carga a la investigación básica.

Un problema adicional se presenta con la situación de los centros internacionales de investigación agrícola, los que deben sujetarse a las disposiciones de la Decisión. Respecto a los centros de conservación *ex situ* los artículos 36 y 37 de la Decisión intentaron solucionar el problema que significa la “pérdida” de recursos genéticos. Para ello el artículo 36 señala que podrán celebrarse contratos de acceso marco con universidades, centros de investigación o investigadores, y que los centros de conservación *ex situ* que realicen actividades que impliquen acceso deberán celebrar contratos de acceso con la autoridad competente, respectivamente. Se pretende regular la actividad de campo de estos centros de conservación *ex situ* y adicionalmente regular la manera como estos transfieren recursos a terceros. Esto genera preocupación especialmente por las implicaciones prácticas que ello podría tener para el funcionamiento de muchos centros tales como jardines botánicos, zoológicos, bancos de semilla u otros.

La Decisión 391 y el dominio sobre los recursos naturales

El artículo 6° de la Decisión 391 reconoce que los recursos genéticos y sus productos derivados, de los cuales los países miembros son los lugares de origen, son bienes o patrimonio de la nación o del Estado de cada país. Agrega que dichos recursos son

Recursos y genéticos y derechos de las comunidades

inalienables, imprescriptibles e inembargables, sin perjuicio de los regímenes de propiedad aplicables sobre los recursos hidrobiológicos que los contienen, el predio en que se encuentran o el componente intangible asociado.

Respecto a la primera parte del artículo referido, la Decisión buscó recoger las tendencias constitucionales en cada uno de los cinco países de la Comunidad Andina sobre la condición de los recursos naturales. Sobre el particular algunos textos constitucionales reconocen los recursos naturales como patrimonio de la nación, propiedad del Estado, dominio de la nación y otros no tienen precisiones claras sobre dicha condición.

Grandes debates sobre el particular se han dado especialmente en los últimos años en que hemos visto el desarrollo de nuevos textos constitucionales bastante más liberales. Algunas constituciones o normas complementarias han empezado a otorgar derechos de propiedad sobre los recursos naturales. Otras, han recurrido a la figura jurídica de la concesión, con ciertos atributos de propiedad a favor de quien aprovecha los recursos.

Sea cual fuere la opción tomada, es preciso indicar que los recursos genéticos, por el valor estratégico que ellos tienen especialmente en países megadiversos, requieren de un claro reconocimiento de su dominio en favor del Estado y de su acceso bajo procedimientos claros. No se puede dejar de mencionar, por otro lado, que la simple declaración de los recursos genéticos como patrimonio de la nación o dominio del Estado no resuelve el hecho de su posesión, de ser parte de un recurso natural cuyo aprovechamiento se puede haber otorgado a un particular y, finalmente, al componente intangible asociado a éste. Por ello la Decisión hace una precisión que no desconoce estos derechos.

Respecto a la segunda parte del artículo la definición de inalienabilidad pareciera caer en contradicción respecto a lo que constituye justamente el acceso a los recursos genéticos, ya que es a partir del cumplimiento del procedimiento como se otorga el acceso, lo que constituye justamente un acto de disposición que la inalienabilidad prohibiría.

Manuel Pulgar Vidal

La Decisión 391 y las alternativas para la protección de los conocimientos, innovaciones y prácticas de comunidades indígenas y locales

Como se ha señalado, el artículo 7 de la Decisión 391 valora y reconoce los derechos y la facultad de decidir de las comunidades indígenas, afroamericanas y locales sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas tradicionales asociadas a los recursos genéticos.

Cada uno de estos conceptos merece un trato diferenciado. Los conocimientos, justamente, constituyen el elemento intangible asociado a los recursos genéticos, que podrían ser objeto de protección a través, por ejemplo, de secretos industriales o por formas contractuales que la garanticen.⁴

Las innovaciones constituyen el producto resultante de la aplicación práctica de dichos conocimientos por lo que deberían ser protegidas por medio de un mecanismo más similar a una “patente”, constituyendo las prácticas el proceso a través del cual se obtiene dicha innovación. Sin embargo, la Decisión 391 no define los mecanismos de protección, por lo que corresponde su definición a cada país miembro o a los contratos que sobre la materia puedan suscribirse.

Existen otros elementos que requieren mayor discusión, lo referido a los derechos de propiedad intelectual, la institucionalidad requerida para un adecuado funcionamiento de un procedimiento de acceso a los recursos genéticos y las diferentes formas contractuales idóneas para la puesta en práctica de los principios de la CDB y la Decisión 391.

⁴ Ver Brendan Tobin, “Know how licences: recognizing indigenous rights over collective knowledge”, Bulletin of the Working Group on Traditional Resources Rights, invierno 1997, núm. 4.

9

DERECHOS SOBRE LA BIODIVERSIDAD Y BENEFICIOS DERIVADOS DE SU ACCESO: LA EXPERIENCIA DEL INBIO EN COSTA RICA

Rodrigo Gámez Lobo y N. Mateo *

Introducción

En el caso particular de Costa Rica, el tema de los derechos sobre la biodiversidad y los beneficios derivados de su acceso debe examinarse dentro del contexto del nuevo planteamiento de desarrollo humano sostenible que ha venido emergiendo en el país (*Estado de la Nación*, 1996).

Este planteamiento visualiza un modelo de desarrollo en el cual el ser humano, la inversión en el desarrollo de sus capacidades y la calidad de su vida ocupan el papel central. Paralelamente, garantiza un medio ambiente sano y estable para la presente y las futuras generaciones, mientras supedita el aspecto económico a los aspectos antes mencionados. En otras palabras, se trata de un modelo de desarrollo que procura que el progreso económico no ocurra a costa del ser humano y del ambiente que lo rodea. De este modo, la sostenibilidad se fundamenta en consideraciones sociales, ambientales y económicas, armoniosamente balanceadas.

* Instituto Nacional de Biodiversidad, Santo Domingo de Heredia, Costa Rica

Rodrigo Gámez Lobo y N Mateo

El interés y la preocupación por la conservación de la naturaleza y su uso racional han adquirido particular relevancia en Costa Rica en las últimas décadas. La filosofía de la conservación también ha venido evolucionando de una manera dinámica, buscando amoldarse, en un mundo cambiante, a esa nueva visión de desarrollo del país.

Estrategia de conservación de la biodiversidad de Costa Rica

La estrategia costarricense de conservación de la biodiversidad se basa en la premisa de que la mejor manera de conservar esta biodiversidad es utilizándola como un instrumento de promoción de un desarrollo humano sostenible; es decir, que la biodiversidad contribuya al bienestar de la sociedad, en lo espiritual, intelectual y económico. En la medida en que esto se dé, existirá en el país un mayor compromiso y habrá mayor voluntad para conservar esta riqueza natural a perpetuidad, pues ha de ser valorada en todas sus dimensiones por los diversos beneficios que puede ofrecer a la población (Solórzano, 1994).

Salvar, conocer y utilizar

Para hacer realidad la premisa de conservar los recursos naturales mediante la facilitación de su uso sustentable, es necesario plantearse tres objetivos complementarios:

- Salvar muestras representativas de la biodiversidad en las áreas silvestres protegidas.
- Conocer esta biodiversidad, dónde está, en qué consiste y cómo se puede tener acceso a ella físicamente.
- Utilizarla como herramienta para el desarrollo económico, intelectual y espiritual de la sociedad.

Costa Rica ha avanzado substancialmente en el proceso de “salvar” muestras representativas de su biodiversidad a través del nuevo Sistema Nacional de Areas de Conservación (SINAC). Las áreas con diferentes formas de protección alcanzan cerca de un 25% del territorio nacional. Es importante resaltar que la con-

Derechos sobre la biodiversidad: la experiencia del INBio

servación en el país es un esfuerzo conjunto entre el Estado y la sociedad civil, siendo esta última responsable de aproximadamente la mitad de las áreas protegidas.

El Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio) se estableció en 1989 para desarrollar, de manera prioritaria y congruente con el marco conceptual antes citado, las acciones de “conocer” y “utilizar” la biodiversidad, acelerando, ampliando y complementando la labor que históricamente habían venido desarrollado otras instituciones nacionales, como los museos y las universidades.

Las actividades del INBio, que comprenden procesos como el inventario nacional de la biodiversidad, manejo de información sobre biodiversidad, prospección de la biodiversidad, gestión social, y política y planificación, han sido descritas ampliamente en otras publicaciones (INBio, 1995; 1996). En este artículo se analizan únicamente aspectos conceptuales derivados de la experiencia del INBio en materia de prospección de la biodiversidad, dentro del marco conceptual del papel que desempeña la biodiversidad en el modelo de desarrollo sostenible antes descrito, la legislación costarricense y los términos de la Convención para la Diversidad Biológica.

El acceso a los recursos de la biodiversidad en Costa Rica

De acuerdo con la legislación vigente, el Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) de Costa Rica está facultado para conceder permisos de investigación sobre la biodiversidad y sus usos. La persona o entidad interesada debe, para tal efecto, firmar un convenio de concesión con dicho Ministerio.

Todos los animales silvestres, incluidos los invertebrados, son “patrimonio nacional”, de dominio público, independientemente de la propiedad en que habiten. Las plantas se consideran de propiedad privada e interés público (Cabrera, 1994). Por lo tanto, incluso el propietario rural necesita una concesión otorgada por el MINAE para recolectar o manipular plantas. La ley estipula firmemente que “los términos y las condiciones de las concesiones deben favorecer los intereses nacionales” (Rodríguez, en prensa).

Rodrigo Gámez Lobo y N Mateo

Una cuestión legal que queda por despejar es la forma en que esta legislación entra en conflicto con la Constitución de Costa Rica, la cual permite a los propietarios rurales hacer lo que quieran en su propia tierra. El Tribunal Constitucional dictaminó que el principio de propiedad consagrado en la Constitución no es absoluto, y que la ley puede imponer limitaciones basadas en el “interés público” o en los “intereses ecológicos” (Rodríguez, en prensa).

En Costa Rica actualmente se trabaja en una nueva Ley de Biodiversidad con el concurso y la participación directa de individuos e instituciones, tanto del Gobierno como de la sociedad civil, que poseen conocimiento y experiencia en el tema.

La prospección de la biodiversidad en el INBio

La búsqueda de nuevos compuestos y genes es esencial para los esfuerzos de conservación de la biodiversidad que lleva a cabo el INBio. Actualmente, estos esfuerzos están concentrados en la búsqueda de sustancias químicas producidas por plantas, insectos y microorganismos que puedan ser útiles para las industrias farmacéutica, biotecnológica y agrícola.

Dentro de este contexto, el papel del “bioprospector” es esencial. Estos profesionales en biología o ciencias afines tienen la responsabilidad de identificar y seguir posibles pistas biológicas, contribuir a la descripción detallada de la historia natural de los organismos recolectados y añadir información clave a las bases de datos. Los bioprospectores recolectan especímenes “prospectables” –muestras que no causan destrucción ni promueven la erosión genética– y se aseguran de que el aprovisionamiento futuro sea posible sin causar daños. Los bioprospectores coordinan su actividad con los parataxónomos, quienes son responsables de la colección e identificación inicial de las especies del país, trabajando muy de cerca con especialistas nacionales e internacionales para completar el proceso de clasificación taxonómica.

Los procesos de prospección e investigación se llevan a cabo

Derechos sobre la biodiversidad: la experiencia del INBio

en colaboración con centros de investigación, universidades y empresas privadas nacionales e internacionales. Los criterios utilizados por el INBio para definir sus acuerdos de investigación, que se iniciaron en 1991, fueron visionarios e incluyeron elementos clave, como el acceso, la equidad, la transferencia de tecnología y la capacitación. Posteriormente, estos elementos fueron discutidos en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Ambiente y el Desarrollo (UNCED) en Río de Janeiro, en 1992, y ahora forman parte integral de la Convención para la Diversidad Biológica.

De común acuerdo con el Gobierno de Costa Rica, el INBio estableció la política de no ser un simple suplidor de materias primas básicas para la industria, sino de ser un socio en la investigación que se requiere para la búsqueda de usos económicos de la biodiversidad.

En el establecimiento de esta política, el INBio tomó en consideración la realidad histórica de los países tropicales en desarrollo, suplidores de materias primas no procesadas, que tienen muy poco valor en los mercados.

Los acuerdos que el INBio establece con sus socios comerciales estipulan que un 10% de los presupuestos de investigación y un 50% de las regalías futuras sean entregados al Ministerio de Ambiente y Energía para ser reinvertidos en conservación. El resto del presupuesto de investigación apoya la infraestructura científica y de proceso dentro del país, y las actividades de valor agregado, también orientadas a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

La estrategia del INBio se ha enfocado en el desarrollo de un portafolio diversificado de acuerdos de investigación en bioprospección que promueven la innovación, el aprendizaje y el aumento de la capacidad científica nacional. Los acuerdos pueden ser académicos o con el sector privado. Algunos de ellos se resumen a continuación:

Acuerdos de investigación académica: con universidades nacionales como la Universidad de Costa Rica, la Universidad Na-

Rodrigo Gámez Lobo y N Mateo

cional, la Escuela de Agricultura de la Región Tropical Húmeda (EARTH) y el Instituto Tecnológico de Costa Rica, y extranjeras, como la Universidad de Strathclyde, la Universidad de Dusseldorf y el Instituto Lausanne, entre otros. Estos acuerdos varían considerablemente en su enfoque, pero todos ellos están orientados hacia la solución de problemas y la búsqueda de conocimientos y productos. El acuerdo con la Universidad de Costa Rica, por ejemplo, permite colaborar en investigaciones relacionadas con la malaria y con organismos extremofílicos (arquibacteria) que viven en manantiales de aguas termales volcánicas.

Prospección química en un Área de Conservación de Costa Rica: este proyecto es uno de los cinco Grupos Internacionales de Cooperación en Biodiversidad (ICBGs) del mundo, financiados con recursos de los Institutos Nacionales de Salud de los Estados Unidos (NIH). Se lleva a cabo en el Área de Conservación Guanacaste en colaboración con la Universidad de Costa Rica, la Universidad de Cornell y la empresa farmacéutica Bristol Myers Squibb. El objetivo del proyecto es obtener, de los insectos tropicales, sustancias potencialmente útiles y aumentar la capacidad del recurso humano en los campos de la ecología, la taxonomía y la ecoquímica.

El Convenio INBio-Merck: considerado un hito histórico, el proyecto INBio-Merck ha integrado temas de acceso, equidad, transferencia de tecnología y aumento de la capacidad tecnológica nacional en un solo convenio. Este proyecto busca nuevos productos farmacéuticos y veterinarios a partir de muestras ambientales, de plantas e insectos. El primer acuerdo se inició en 1992, se renovó en 1994 y, luego, en 1996.

Actividad antimicrobiana y antiviral de compuestos naturales: este es un nuevo acuerdo firmado con la empresa fito-farmacéutica INDENA, de Milán, Italia. Brinda la oportunidad de realizar, por primera vez en Costa Rica, investigaciones de valor agregado, incluyendo nuevos grupos de microorganismos y bioensayos.

Nuevas fragancias y esencias con propósitos cosméticos y domésticos: este es un pequeño e innovador acuerdo con Fragancias Givaudan-Roure de Nueva Jersey que procura identificar y

Derechos sobre la biodiversidad: la experiencia del INBio

recolectar olores que tengan un potencial industrial a partir de objetos fragantes del bosque.

DMDP: en el marco de un acuerdo con el Grupo Británico de Tecnología (BTG) y Ecos La Pacífica, actualmente se estudia un nematicida obtenido de *Lonchocharpus* sp. con el fin de lograr su domesticación, extracción y evaluación de campo. En este proceso se ha contado con la colaboración, además, de los Jardines Botánicos Kew, el Área de Conservación Guanacaste y la Corporación Bananera Nacional. Esta es una iniciativa de investigación y desarrollo prometedora y amigable con el ambiente, tomando en cuenta los altos costos financieros y ambientales asociados con la aplicación de nematicidas sintéticos a los cultivos tropicales.

Uso industrial potencial de organismos extremófilicos: en colaboración con la empresa Diversa de La Jolla, California, el INBio está estudiando microorganismos que viven en temperaturas o niveles de pH extremos, con el propósito de clonar secuencias de ADN que produzcan enzimas para ser utilizadas en procesos industriales y de “bio-remediación”. Esta investigación se lleva a cabo junto con el Centro de Investigación en Biología Celular y Molecular de la Universidad de Costa Rica.

Acuerdos de inversión con el Gobierno de Canadá: Los Gobiernos de Canadá y Costa Rica llegaron a un acuerdo de Canje de Deuda por Naturaleza, que brinda apoyo al “Proyecto de Desarrollo Socioeconómico y de Biodiversidad”, una iniciativa para utilizar, de forma sostenible, los recursos de biodiversidad del país y contribuir a la consolidación del INBio. El proyecto apoya el desarrollo de usos intelectuales e industriales de la biodiversidad (Divisiones de Bioprospección y Gestión Social) y el fondo patriomonial del INBio durante el periodo 1996-2000.

Cuantificación de los beneficios de la bioprospección

El tema de los beneficios directos y acumulados de la bioprospección es difícil, dadas las complejidades propias de la asignación de valor, del aumento y la acumulación de conocimiento

Rodrigo Gámez Lobo y N Mateo

sobre nuestra propia biodiversidad, de la transferencia de experiencia y tecnología que se ha dado, o de las capacidades mejoradas del recurso humano, entre otras.

En la **tabla 1** se presenta un acercamiento simplista a la cuantificación de las contribuciones financieras directas que el proceso de bioprospección ha hecho a otras divisiones del INBio, a las Areas de Conservación, al Ministerio de Ambiente y Energía y a las universidades nacionales. Es importante tener en mente que el monto de más de dos millones de dólares, desde 1993, es significativo para un país pequeño como Costa Rica.

Es interesante notar que el MINAE ha utilizado su parte específicamente para apoyar la administración y el mantenimiento del Parque Nacional Isla del Coco, un santuario marítimo único y rico en diversidad biológica, y un ejemplo claro de cómo los beneficios directos de la bioprospección fluyen hacia la conservación.

El avance conceptual y práctico alcanzado en materia de conservación y utilización sostenible de la biodiversidad tiene una relación directa con la inversión social que ha hecho el país. Esta inversión, particularmente en el campo de la educación, lleva a Costa Rica a obtener altos índices de desarrollo humano, ocupando, por ejemplo, el lugar 13 en equidad a nivel mundial.

Tabla 1. Contribuciones y pagos directos estimados realizados por la División de Prospección de la Biodiversidad (dólares)

Contribuciones y pagos	1993*	1994	1995	1996	1997**	Total
Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE)	10,040	43,400	66,670	51,092	95,196	366,398
Áreas de Conservación	86,102	203,135	153,555	192,035	126,243	761,070
Universidades estatales de Costa Rica	460,409	126,006	46,962	31,265	34,694	699,336
Otras divisiones del INBio	228,161	92,830	118,292	172,591	129,008	740,882
Total	884,712	465,371	385,479	446,983	385,141	2,56,686

Derechos sobre la biodiversidad: la experiencia del INBio

Es evidente que resulta difícil conservar a perpetuidad algo que no se conoce o, bien, algo cuyos beneficios la sociedad no tiene claros. En este contexto, la generación de conocimiento y su divulgación, por ejemplo a través de los programas de “bioalfabetización” impulsados por el INBio y el Ministerio de Educación Pública, y la utilización racional de la biodiversidad con el mayor valor agregado posible se convierten en una alta prioridad nacional. El conocimiento y la utilización racional deben incidir directamente en la conservación y la protección de los recursos naturales.

En el pasado, el INBio ha respondido a la creciente demanda internacional para generar nuevos productos a partir de la biodiversidad, principalmente en el área farmacéutica. En este proceso, el país se ha enriquecido con el conocimiento, la capacitación y la transferencia de tecnología lograda con el sector privado y académico.

Se considera que esta situación habrá de mantenerse en el futuro. Sin embargo, el INBio está promoviendo, en forma paralela, una diversificación de sus programas con el fin de explorar otras oportunidades y tratar de solucionar problemas de carácter nacional y regional.

Costa Rica presenta el índice más alto de uso de pesticidas agrícolas en toda la región (Repetto y Baliga, 1996), lo cual ha llevado al Ministerio de Agricultura a iniciar discusiones con el INBio tendientes al estudio y la generación de biopesticidas a partir de recursos biológicos existentes en el país. La institución, además, participa conjuntamente con la EARTH, varias instituciones de América Latina y la NASA de los Estados Unidos, en un proyecto ambicioso para desarrollar alternativas de control para el mal de Chagas.

Finalmente, la institución está considerando el desarrollo conceptual y práctico de nuevos productos de la biodiversidad, en alianza con empresas pequeñas y medianas del país, con la intención de generar conocimiento y agregar valor. La conservación y la utilización sustentable de la biodiversidad presenta muchos retos importantes pero, también, una infinidad de oportunidades realmente provechosas para la sociedad.

REFERENCIAS

- Cabrera, J. 1994. "Régimen constitucional de la diversidad biológica costarricense". En *Biodiversidad: Políticas y legislación a la luz del desarrollo sostenible*. San José, Costa Rica: Fundación AMBIO-Universidad Nacional, pp. 115-137.
- Proyecto Estado de la Nación. (1996). *Estado de la Nación en desarrollo sostenible: Un análisis amplio y objetivo sobre la Costa Rica que tenemos a partir de indicadores más actuales*. San José, Costa Rica: Editorama, S.A.
- Instituto Nacional de Biodiversidad. 1996. *Memoria Anual 1995*. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Instituto Nacional de Biodiversidad.
- Instituto Nacional de Biodiversidad. 1997. *Memoria Anual 1996*. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica: Instituto Nacional de Biodiversidad.
- Repetto, R. y Sanjay Baliga. 1996. *Pesticides and the Immune System: The Public Health Risks*. World Resources Institute, p. 5.
- Rodríguez, C. M. (en prensa). "La dimensión legal de la biopropiedad en Costa Rica".
- Solórzano, R. 1994. "Conocer, salvar y usar la biodiversidad". En *Biodiversidad: Políticas y legislación a la luz del desarrollo sostenible*. San José, Costa Rica: Fundación AMBIO-Universidad Nacional, pp. 37-40.

10

CONFLICTOS AMBIENTALES Y APROPIACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN BAJA CALIFORNIA

Alfonso Aguirre Muñoz *

Introducción

El desarrollo sustentable surgió originalmente como un producto conceptual en el ámbito de las políticas de alcance mundial de las Naciones Unidas. Su racionalidad es instrumental, orientada al desarrollo, como su nombre lo indica, y marcado en mayor medida por las exigencias de crecimiento cuantitativo de la economía. Se presenta como una muy forzada solución de compromiso entre el crecimiento económico y el respeto al medio ambiente, pero de cualquier forma, en su objetivo, en su práctica y en su marco disciplinario, el desarrollo sustentable resulta de un enfoque en que se privilegia la economía.¹

* El Colegio de la Frontera Norte, Baja California, México

¹ Como punto de partida original se reconoce el libro de Brundtland, G. H. et al 1987. *Our Common Future*. World Commission on Environment and Development. Oxford University Press. Oxford - New York, 400 pp. De entrada, en su introducción, la Comisión Mundial de Ambiente y Desarrollo de la ONU, enmarca su enfoque por la presencia tenaz de problemas ambientales (Bhopal y Chernobyl), tragedias sociales (hambrunas africanas), y dificultades económicas (desde los ingresos personales hasta las deudas externas), establece que es necesario para resolver los problemas un cambio de actitudes y de las organizaciones sociales (xii-xiii). No obstante, en la descripción de un escenario ideal, se

Alfonso Aguirre Muñoz

Al problematizarse sobre la primera propuesta, a modo de respuesta, surgieron luego diversas reacciones críticas. En ellas se planteó la necesidad de matizar las pretensiones de universalidad reduccionista y hasta simplista del concepto y de considerar –especialmente– las particularidades y diversidades locales de todo tipo. Lo más particular de esas diversidades serían las historias y culturas locales. Al mismo tiempo, algunos autores han insistido en la urgencia de incorporar la solución a la pobreza como parte del objetivo central y reconocer las construcciones históricas y sociales propias de cada localidad o región, del sur o del subdesarrollo como espacio amplio, como elementos fundamentales del desarrollo sustentable (Leff 1994: 72; Bifani 1997: 214-215). Esta necesidad se ha planteado, a veces, incluso sin referirse al desarrollo sustentable explicitamente, pero en el mismo sentido, como una exigencia para la real consecución de soluciones. Es lo que Arnaldo Córdova (1994: 73) –de acuerdo con los planteamientos de Guillermo Bonfil Batalla (1990) en su libro *México Profundo*–, ha definido como una trilogía de objetivos necesariamente simultáneos: i) el desarrollo económico, ii) la justicia social, y iii) la explotación nacional y la conservación de los recursos naturales. La urgencia de vincular la crisis ecológica global con la crisis social y la pobreza del mundo subdesarrollado, en su estudio y en sus soluciones, en particular para América Latina, ya lo habían establecido otros de manera similar (Olivier 1986: 221).

En la procuración de un enfoque más amplio que el estrictamente económico, Enrique Leff (*op. cit.*), desde una perspectiva que podemos caracterizar como latinoamericana, ha yuxtapuesto a la destacada racionalidad económica del desarrollo susten-

cae nuevamente en la narrativa salvadora y en las esperanzas económicas abstractas volcadas al futuro, nuevamente haciendo difusos los límites: “Esta Comisión cree que la gente puede construir un futuro más próspero, más justo y más seguro. Nuestro reporte, *Nuestro Futuro Común*, no es la predicción de un inevitable deterioro ambiental, de pobreza y dificultades en un mundo cada vez más contaminado y con recursos cada vez más escasos. Nosotros vemos en cambio la posibilidad de una nueva era de crecimiento económico, uno que esté basado en políticas que *conserven y expandan la base ambiental de los recursos*” (p.1). Traducción y subrayados del autor.

table, como condición para el real logro de los objetivos, una racionalidad ambiental, que en realidad incluye al desarrollo sustentable como el producto congruente, más que como producente. Esta racionalidad está integrada a su vez por cuatro racionabilidades: la sustantiva (valores), la teórica o conceptual, la técnica o instrumental y la racionalidad cultural (Leff *op. cit.*: 296). En este esquema, estas racionabilidades interactúan entre sí como partes de la racionalidad ambiental, unas retroalimentando a las otras; aunque habría que aclarar que esta interacción no necesariamente debe tener en la práctica un resultado positivo, por ejemplo a favor de la racionalidad ambiental y su producto concreto ideal, el desarrollo sustentable. Esto ocurriría sólo en la medida en que tales racionabilidades complementarias se integrasen de manera sinérgica y bajo un marco valoral explícito. Sería una de las respuestas prácticas más relevantes a la pregunta de nuestros tiempos.

¿Podremos vivir juntos en la aldea global?

Ya en la ruta de la ampliación hacia lo cultural, Leff y Carabias (1993a, 1993b), compilán una serie de reportes cuyo objeto de estudio son comunidades latinoamericanas que viven de los recursos naturales. En esos trabajos, lo cultural -que se manifiesta en un repertorio de actitudes, comportamientos y prácticas (1993a:16)- habría de mostrar un valor positivo para la implementación práctica del desarrollo sustentable en el ámbito social del aprovechamiento de los recursos naturales. Leff y Carabias explican la pertinencia de los estudios compilados:

han respondido a la necesidad de definir la dimensión cultural del manejo sustentable de los recursos naturales, de manera que esta perspectiva trascienda el campo restricto de los estudios etnobiológicos y abra nuevas estrategias de investigación y políticas de desarrollo sustentables. Se busca dilucidar cómo las políticas y prácticas de manejo sustentable de los recursos naturales pasan a través de la mediación de la cultura, de la internalización de la racionalidad ecológica en los valores culturales y las prácticas productivas de las comunidades indígenas, tribales y campe-

Alfonso Aguirre Muñoz

sinas; y cómo se transforma el espacio geográfico y evoluciona el mundo biológico a través de los estilos étnicos de aprovechamiento de los recursos. Así, los estudios de este libro plantean la riqueza de los usos culturales de la diversidad biológica, pero se proyectan hacia la posible recuperación y uso productivo de estas prácticas tradicionales. (*op. cit.*: 7)

De esta manera, el problema en este caso se plantea claramente en la entrada, pero en su salida argumental y en los casos que muestra deja pendiente todavía rebasar, en el enfoque científico, los límites de la etnociencia, particularmente a la etnobiología;² y en las unidades sociales de análisis, no restringirse a los límites de las comunidades tribales, indígenas y campesinas.

La franca, reciente y violenta apertura de casi todas las economías del mundo, América Latina incluida (como una de las más afectadas), plantea una exigencia de investigar las posibilidades prácticas del desarrollo sustentable en este nuevo contexto. La cultura, como la expresión más dúctil del fenómeno humano, obviamente no se limita a grupos tradicionales, ni siquiera tratándose de los recursos naturales. La globalización establece un nuevo nivel de complejidad, también desde la racionalidad cultural, para el desarrollo sustentable, lo dificulta aún más. Otra vez, no necesariamente lo ecológico y lo global, al relacionarse, alimentan en la práctica una racionalidad ambiental, como de manera voluntarista se ha llegado a ver.³

² Las etnociencias tienen como campo de estudio los conocimientos cotidianos sofisticados que comunidades nativas han acumulado históricamente sobre su entorno natural. La etnobiología y la etnoecología recuperan y describen el conocimiento profundo y detallando que sobre factores ecológicos –funcionamiento y estructura de los ecosistemas– y biológicos –taxonomía ciclos de vida, etc.– del ambiente y sus especies tienen los grupos tradicionales.

³ Por ejemplo, Raimondo Strassoldo, en una visión desde Europa en los noventa, acepta como un hecho que la conciencia global ecológica es una verdadera revolución mundial. Considera que su origen está en el desarrollo de una nueva conciencia mundial de los problemas ecológicos. Llega a afirmar: "Hay ahora un profundo y amplio sentimiento de responsabilidad, involucramiento y cuidado hacia nuestro pequeño planeta azul, el único hogar del hombre, que nos da un sabor verdaderamente nuevo a los esfuerzos contemporáneos hacia la unidad mundial". Véase: Strassoldo, R. 1992. *Globalism and localism: theoretical reflections and some evidence*. En: Z. Milnar. 1992. *Globalization and Territorial Identities*. Avebury. Hants, Londres, p.p. 35-59.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

Los problemas asociados a la globalización se dan de manera inmediata en la práctica cotidiana para las comunidades que vienen de los recursos naturales, con respuestas reactivas para la sobrevivencia frente a los graves cambios estructurales, particularmente las mal llamadas reformas –en realidad contra-reformas–, como es el caso de las modificaciones al artículo 27 de la Constitución Mexicana. En el ámbito del gobierno y su relación con los recursos y los productores, más mediato en la relación con los recursos, se presentan prácticas diversas, no pocas veces contradictorias. Algunas están marcadas por el sello neoliberal del abandono total de la búsqueda del bien común. En conflicto, aparecen prácticas de funcionarios e instituciones gubernamentales cuyos compromisos con la preocupación ambiental son evidentes. Al mismo tiempo, hay ciertos resabios –sobre todo discursivos– de procuración de soberanía y de justicia social para las clases más desprotegidas. En ocasiones, los conflictos y contradicciones aparecen en el mismo funcionario.⁴

Los actores globales, presentes ahora en todo lugar y en todo tiempo debido a las desregulaciones, potencian las presiones sobre los recursos y la competencia por su aprovechamiento, en cada rincón de la geografía.⁵ Pareciera que no hay recanto que se

⁴ El recién nombrado secretario de Desarrollo Social de México, Esteban Moctezuma Barragán, secretario de Gobernación frustrado a principios del sexenio de Ernesto Zedillo, en una reciente comparecencia ante el Congreso Nacional, ha afirmado que el modelo neoliberal vigente en México es completamente insuficiente para satisfacer las necesidades sociales del grueso de la población. Paradójicamente, su renuncia como secretario de Gobernación, si bien se presentó formalmente como “por motivos de salud”, coincidió con una presión fuerte y creciente, hasta el grado de que tomó su despacho por varios días —en una acción inédita— una organización de deudores del campo *El Barzón*, que exigían solución a sus vencidas y abultadas carteras derivadas de una fuerte devaluación y altísimas tasas de interés.

⁵ René Villareal, Premio Nacional de Economía en los setenta, al proponer un “esquema alternativo dentro del mercado”, explica que la situación económica actual en Latinoamérica está determinada por el Decálogo del Consenso de Washington y que uno de sus pilares ha sido el cambio estructural definido por la desprotección comercial y financiera, la desregulación de los mercados internos y la desestatización, las tres D. Para Villarreal la salida no está en ahondar las pautas del Consenso de Washington, que sería *más de lo mismo*, sino en lograr un consenso latinoamericano que profile el camino de una nueva economía de mercado institucional y participativa que permita un

Alfonso Aguirre Muñoz

escape de la codicia depredadora. Se sacuden las frágiles estructuras locales, carentes de recursos financieros y de influencia o resortes de acción en los niveles macro, con una base material de recursos naturales generalmente ya en los niveles de máxima explotación o sobreexplotados y hasta casi agotados.

La academia, con su investigación, está generalmente todavía más alejada, salvo muy honrosas excepciones, del contacto próximo con el objeto de estudio e instrumentación del desarrollo sustentable en el espacio rural. Tiene ante sí ese otro ángulo del reto. Desde las ciencias sociales, puede ver atractivos posmodernismos latinoamericanos en sus análisis, definidos *a priori* y de manera deductiva, en franca contradicción hasta con los propios postulados posmodernos.⁶ Desde las ciencias naturales, suele concentrarse en los aspectos ambientales. Una opción es buscar, necesariamente fuera del cubículo y de las rutas preestablecidas,⁷ qué pasa en la vida cotidiana de los *Mundos de*

crecimiento sostenido con empleo productivo y eliminación de pobreza. Villarreal plantea: frente a un estado mínimo, un estado promotor; frente a una sociedad reactiva, una sociedad participativa; frente a un mercado libre, un mercado institucional. En lo relativo al acceso a los recursos naturales en México, los cambios se han manifestado intensamente a partir de las modificaciones al artículo 27 y las leyes que regulan la inversión extranjera en diversas áreas de la economía. Actualmente se discute la posibilidad de subastar al mejor postor –incluyendo el capital extranjero– las concesiones que dan acceso a los recursos pesqueros. Véase: Villarreal, R. 1998. Una economía de mercado alternativo. Análisis XXI. Octubre 1998. No. 5: 14-15. México, D. F.

⁶ Por ejemplo, en el taller binacional (México-Estados Unidos) sobre resultados finales del proyecto "Méjico Rural: construyendo un sector campesino participativo y económicamente viable", auspiciado por el Center for U. S. - Mexican Studies, Universidad de California en San Diego, llevado a cabo en Guadalajara, Jalisco, México (abril de 1997) buena parte de los investigadores construyeron observables científicos con "evidencias" de postmodernidad en comunidades rurales mexicanas, particularmente en el sureste mexicano. Poco se habló de las demandas zapatistas como típicas de la modernidad (educación, salud, empleo, etc.), y menos aún del estado de cosas que la provocan, características de una pre-modernidad definida por las expectativas que genera la propia modernidad.

⁷ Jesús Ibáñez, el destacado sociólogo español, propuso la categorización binaria –en metáfora– de ciencia sedentaria y ciencia nómada, más allá de una connotación espacial. La primera no arriesga. Sigue sus rumbos por caminos trillados, cuyos resultados son reproducciones simples, producto de interacciones sin cambio. En la ciencia nómada se siguen rutas desconocidas, se inventa y crea. En correspondencia, habría sujetos

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

la Vida⁸ locales, cuyo sustrato directo de sobrevivencia son los recursos naturales, ante los dramáticos cambios estructurales de los últimos tiempos. El conocimiento de situaciones concretas acerca del vínculo entre el hombre y la naturaleza en espacios locales sacudidos por los chicotazos de la globalización, nos permite contribuir –desde una perspectiva interdisciplinaria y latinoamericana– a responder la pregunta de estos tiempos, bien planteada por Alain Touraine: ¿podremos vivir juntos en la aldea global?⁹ En estos nuevos límites (no límites) de la globalización, sigue habiendo valores y disvalores (su complemento ineludible)

cognoscentes sedentarios –que deducen e inducen– y nómadas, que transducen. Véase: Ibáñez, J. 1985. *El alogoritmo al sujeto. Perspectivas de la investigación social*. Siglo XXI. Madrid, España.

⁸ El Mundo de la Vida tiene su origen en la fenomenología de Husserl. Schütz lo retoma y lo ofrece a la microsociología contemporánea como unidad básica de análisis. Esta orientación lleva más al estudio de los procesos de construcción de la realidad social que a la descripción de su estructura, más al producente que al producto, más a la intersubjetividad que reina en el grupo societal que al individuo atomizado y su subjetividad individual. De entrada, Schütz, en el primer párrafo de su obra póstuma –la más organizada– preparada por su discípulo Thomas Luckman, establece: “Las ciencias que aspiran a interpretar y explicar la acción y el pensamiento humanos deben comenzar con una descripción de las estructuras fundamentales de lo pre-científico, la realidad que parece evidente para los hombres que permanecen en la actitud natural. Esta realidad es el mundo de la vida cotidiana”. Es a este mundo que decanta la cultura, el resumidero inconsciente de las experiencias sociales históricas, al que se le opone aquí con fines heurísticos el concepto ideal del desarrollo sustentable. Véase: Schütz, A. y T. Luckman. 1977. *Las estructuras del mundo de la vida*. Amorrortu. Buenos Aires, Argentina.

⁹ Véase el libro: Touraine, A. 1997. *¿Podremos vivir juntos? La discusión pendiente: el destino del hombre en la aldea global*. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires, Argentina. En sintonía con nuestro argumento sobre la globalización, los espacios locales y la cultura, Touraine señala que: “Cultura y comunidad no deben confundirse, porque ninguna sociedad moderna, abierta a los cambios y los intercambios, tiene una unidad cultural total y todas las culturas son construcciones que se transforman constantemente con la reinterpretación de nuevas experiencias, lo que hace artificial la búsqueda de una esencia o un alma nacional, y también la reducción de una cultura a un código de conductas... La ideología comunitaria no es de naturaleza cultural sino política” (173). Sobre la ecología y ahora situado más en el terreno de las utopías y los proyectos que en el de las realidades, Touraine considera que: “Y cuando los ecologistas defienden la diversidad de las culturas lo mismo que a las especies, asocian una dimensión natural a una dimensión social y cultural en la definición de una oekumene que es también en primer lugar la tierra” (222).

Alfonso Aguirre Muñoz

que determinan o condicionan las prácticas de los sujetos sociales cuando se relacionan con la naturaleza de manera general, y con los recursos naturales de manera más particular.

Técnicos contra rudos

Con este nombre, técnicos contra rudos, distinguimos el campo semántico de la lucha libre popular mexicana, sin pretender que se correspondan esas categorías *vis a vis* de manera biunívoca con los actores, sino más bien con las racionalidades encontradas. Lo que se indica es que a partir de los valores y las estrategias propias de cada racionalidad es pertinente esa categorización. Cuando se es rudo, se busca el interés particular, al margen de diálogos y consensos. Cuando se es técnico, se procura el bien común, bajo un marco de comunicación. Ambos pueden recurrir o no a la decisión racional, unos para lograr un interés particular, de manera individualista; otros en busca del bien común, con formas colectivas y cooperativas. También pueden estar orientados en su acción –no de manera excluyente– por motivaciones afectivas o estéticas con relación a lo ambiental. Hay también una confrontación entre la racionalidad sajona, protestante, de los Estados Unidos –el *rational choice*– ya hibridada con sólidos embajadores o representantes locales de sangre mestiza, y el *Mundo de la Vida* más tradicional latinoamericano no pocas veces respaldado –no obstante– por actores sajones.

La hibridación de historias, racionalidades e intereses ha sido muy fértil y recíproca en los espacios inmediatos a una de las grandes interfas culturales del mundo: México y los Estados Unidos. De hecho, como podrá verse más adelante, la decisión racional que busca consensos y el bien común, es cuestionada de raíz por las inercias culturales, por los intereses particulares y las estrategias de poder correspondientes. De esta manera, aquí presento la definición de un escenario ideal, en términos del desarrollo sustentable, para el uso de la Bahía de San Quintín, en la Península de Baja California, próxima a la frontera con los Estados Unidos, y su contrastación con el devenir histórico real. Es decir, confronto aquí a través del análisis de una situación

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

real en tiempo presente, el desarrollo sustentable con un *Mundo de la Vida concreto* (**Fig. 1.**)

Intento engarzar directamente el plano cuyo análisis tiene su énfasis en el primer nivel u orden de objetividad,¹⁰ es decir en la perspectiva del medio físico, sus recursos y usos posibles, con el plano de los intereses de actores concretos y sus relaciones (un plano social intersubjetivo, interpretativo). Como conflicto central se presenta en estos momentos el uso histórico de la acuacultura de moluscos bivalvos, con una historia de más de veinte años y empleando a cerca de mil personas, contra proyectos de megadesarrollos turísticos que pretenden instalarse en la ribera que se conserva hasta ahora casi virgen.¹¹ La incompatibilidad de esos usos en lagunas costeras –derivada de las múltiples e incontrolables formas de contaminación directa y deterioro del hábitat que provoca el turismo– ha sido documentada ampliamente y considerada como tema de agenda de políticas públicas deliberadas.¹²

¹⁰ Seguimos aquí los niveles de análisis propuestos por Rolando García. El segundo nivel sería el de los metaprocesos (tecnología) que determinan a los del primer nivel; el tercer nivel sería el de las políticas nacionales o internacionales que determinan a su vez los metaprocesos de segundo nivel. Véase García, R. 1986. "Estudio de sistemas complejos". En: E. Leff (Coord). *Los problemas del conocimiento y la perspectiva ambiental del desarrollo*. Siglo XXI. México, D. F., p.p. 54-71.

¹¹ Se trata de dos proyectos específicos. Uno de ellos plantea la construcción de miles de cuartos, campos de golf, marinas, etc., en una de las penínsulas que conforman la bahía; sus principales promotores e inversionistas son de nacionalidad norteamericana, vinculados a una gran compañía de bienes raíces originaria de ese país. El otro proyecto pretende la construcción de espacios para mil casas rodantes, ubicado en el frente de mar, al interior de la bahía, también asociado a capital norteamericano. Ambos proyectos se encuentran en fase de evaluación de impacto ambiental por parte del Instituto Nacional de Ecología, que después de más de un año de análisis no se ha decidido a pronunciarse en un sentido u otro, a pesar de repetidas manifestaciones de oposición por parte de la comunidad local de acuacultores, de grupos ecologistas regionales y de autoridades estatales. Ambos proyectos se han auto-prestado falsamente como eco-turísticos y de bajo impacto. Los resúmenes de los estudios de impacto ambiental pueden consultarse en la página de Internet de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca. El primero con el nombre de Desarrollo San Quintín; el segundo con el nombre de Bay Shores Park: www.ine.gob.mx

¹² (Barnes 1978, Campbell y Yeskin 1980, Clark 1996, 1977, Colombo 1977, Levy 1988, Myers 1981, Nelson-Smith 1977, Simon 1978, y Usher 1977).

Alfonso Aguirre Muñoz

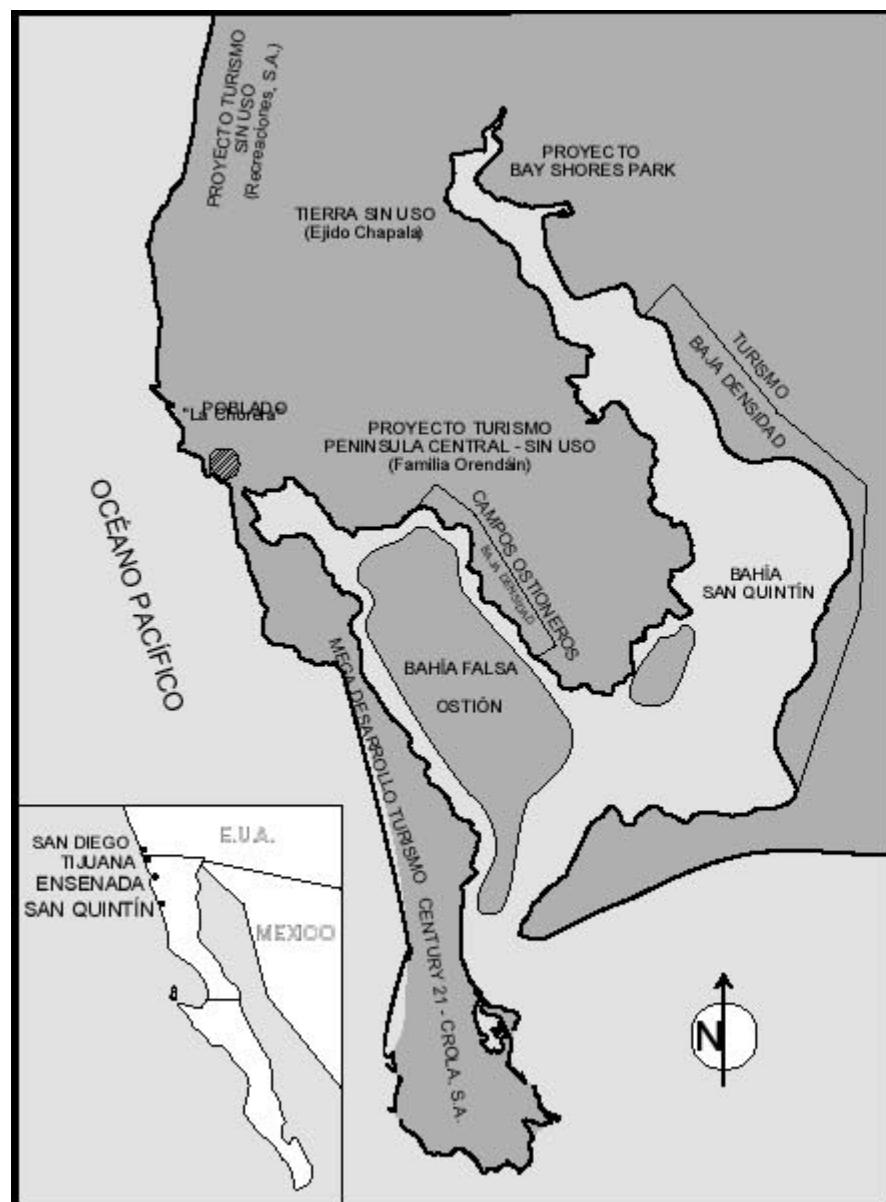


Figura 1. Plano de localización y usos actuales en las aguas de la ribera de la Bahía de San Quintín, B.C.
192

Así, este análisis es una exigencia de la propia región y sus actores históricos, de su presente y futuro, como objeto de estudio, desde la perspectiva de una racionalidad ambiental. Para los detalles metodológicos de la construcción de los tipos-ideales, hago una síntesis de técnicas y autores, siguiendo la propuesta de Fischer (1998) y Fischer y Reith (1977). Es necesario aclarar aquí, y desde ya, que no se tiene la pretensión de reducir el destino del uso de un área geográfica y los sujetos sociales de la región –pretensión por demás inviable– a un cálculo racional. Al contrario, lo que se busca es ofrecer la definición de planos analíticos que faciliten la vinculación con la percepción subjetiva e intersubjetiva y los intereses de los diversos actores y que, eventualmente, el análisis mueva a la reflexión. En todo caso, que la decisión racional llegue a ser un instrumento subordinado y útil a una racionalidad ambiental, bajo exigencias de situaciones concretas y no limitada al plano del deber ser. Nos sirve como el tipo-ideal-del-deber-ser-sustentable, para oponerle las realidades socio-históricas concretas. Se busca la integración de perspectivas ecológicas, económicas e interpretativas, en un solo objeto de estudio. También se pretende contribuir a la definición de políticas y formas de estudio y gestión para el uso de un recurso natural.¹³

Hay varios trabajos que documentan la gran riqueza de este cuerpo de agua entre ellos: Acosta 1985, Álvarez y Chee 1976, Álvarez *et al.* 1977, Barnard 1962, Carrillo 1985, Chávez y Álvarez 1975, Farfán, 1981; Farfán y Álvarez 1988, Poumian 1986. Específicamente sobre las virtudes sustentables actuales –en la práctica– de la acuacultura en San Quintín puede verse el muy reciente trabajo de Aguirre *et al.* 1998.

¹³ En este caso, como analista, hago un esfuerzo de posicionamiento como un observador reflexivo, no como participante involucrado o actor, si bien tengo fuertes intereses razonados en la conservación ecológica y el desarrollo de actividades productivas de bajo impacto, como lo es la acuacultura en esa bahía. El riesgo inminente y certero de no darse una discusión y una solución al respecto es la obvia depredación de un muy valioso recurso natural, la extraordinaria riqueza biológica de la Bahía de San Quintín. Eso ocurrirá si se permite el acceso abierto, desordenado, a cualquier actividad económica, particularmente al turismo. Se trata de contribuir al logro de una solución mejor que el certero resultado subóptimo colectivo en caso de no ordenar el desarrollo. En resumen, se trata de encontrar la maximización del beneficio social a partir de un recurso común, estableciendo límites cuantitativos y cualitativos al desarrollo y explicitando riesgos.

Alfonso Aguirre Muñoz

Desde la perspectiva ecológica y económica, el marco general presupone que la planeación y el diseño racional de la política pública es una obligación, contra la completa liberación y acceso libre a bienes comunes, particularmente cuando la tragedia de los comunes, con relación a los recursos naturales, aparece tan cercana. Green y Shapiro, a partir de la *rational choice* y con glosario económico nos dan una explicación al respecto:

La teorización en torno a la decisión racional [...] surge cuando la gente tiene oportunidades de tener algo a cambio de nada. La metáfora definitoria en esta línea de análisis es la de la pradera pública, abierta a todos y libre de costo, la cual es sobreexplotada hasta el punto de ser arruinada por parte de 'pastores racionales', cuyos beneficios marginales al agregar otro animal al pastizal superan los costos marginales de usar los bienes comunes sin supervisión [...]. Eventualmente, la búsqueda del auto-interés destruye el pastizal no regulado, dejando a los ganaderos peor que bajo cualquier otra condición. La parábola de 'la tragedia de los comunes' muestra cómo el auto-interés racional lleva a una provisión subóptima, lo cual ha ocurrido en incontables ocasiones [...] Las ballenas son cazadas, las langostas atrapadas, los bisontes destazados, los árboles talados y las aguas desviadas, todo debido a que hay un acceso barato, no regulado, a estos recursos, que promueve que los agentes económicos los exploten hasta el punto en que los retornos marginales son iguales que los costos marginales, esto es, cuando ya no hay recurso que aprovechar. Algunos [...] recomiendan la privatización; otros [...] la administración pública de los comunes. (1992: 72)

Los conflictos

La dinámica de la situación de San Quintín y la competencia por el acceso a los recursos que permiten el desarrollo de la acuacultura de ostión se ilustra de manera gráfica en la **figura 2**. Si bien no es el conflicto principal desde una perspectiva de sustentabilidad, pues es sólo al interior de la acua-cultura, nos permite ver, para empezar, la existencia de conflictos cuya expresión o desenlace a la fecha en cuanto al uso de los recursos naturales es grave por sus posibles contribuciones a tendencias más

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

amplias para la región y otras actividades. Es un indicador que nos anticipa desde ahora cómo es la cultura que ha prevalecido en esta situación concreta para la apropiación de los recursos naturales.

Otro tipo de conflictos se presenta en torno a la posesión de la tierra. La gran mayoría de ellos orientados por intereses de especulación o como protección, en caso de que el turismo se llegase a imponer en la ribera de la bahía (**Fig. 3.**)

Pasando al conflicto entre los dos usos posibles para la bahía que más presión activa ejercen, encontramos el uso actual muy sustentable, la acuacultura, y un uso potencial, los megadesa-rollos turísticos. La acuacultura acompañada de conservación la definimos por su práctica actual como desarrollo sustentable. El uso potencial se manifiesta por ahora sólo en proyectos, tiene graves riesgos para la conservación de la integridad ecológica de la bahía, y la denominamos megadesarrollos turísticos. En una representación gráfica que resulta de un híbrido de sociograma (Moreno 1934, Rodrigues 1982), y genograma (Hess *et al.* 1991), los actores se arreglan en torno a estos dos intereses (**Fig. 4.**)

El índice de cohesión (Moreno *op. cit.*) resulta de 0.5 para los actores que se agrupan en torno al desarrollo sustentable y de 0.29 para los que se agrupan en torno a los megadesarrollos turísticos. La madeja de relaciones es mucho más densa e histórica para el desarrollo sustentable.

En cuanto a *Mundos de la Vida*, la adscripción de los actores que corresponde a gobierno, sociedad civil y academia se reparte entre ambas opciones, salvo el caso de la academia (incluida una ONG de orientación muy académica), que se presenta sólo del lado del desarrollo sustentable (**Fig. 5.**)

La adscripción por nacionalidades, cuando ya la actividad de norteamericanos en territorio mexicano de la Baja California es franca y abierta -sea para el desarrollo sustentable, sea para los megadesarrollos turísticos- se reparte también entre ambas opciones. Hay norteamericanos aliados con mexicanos

Alfonso Aguirre Muñoz

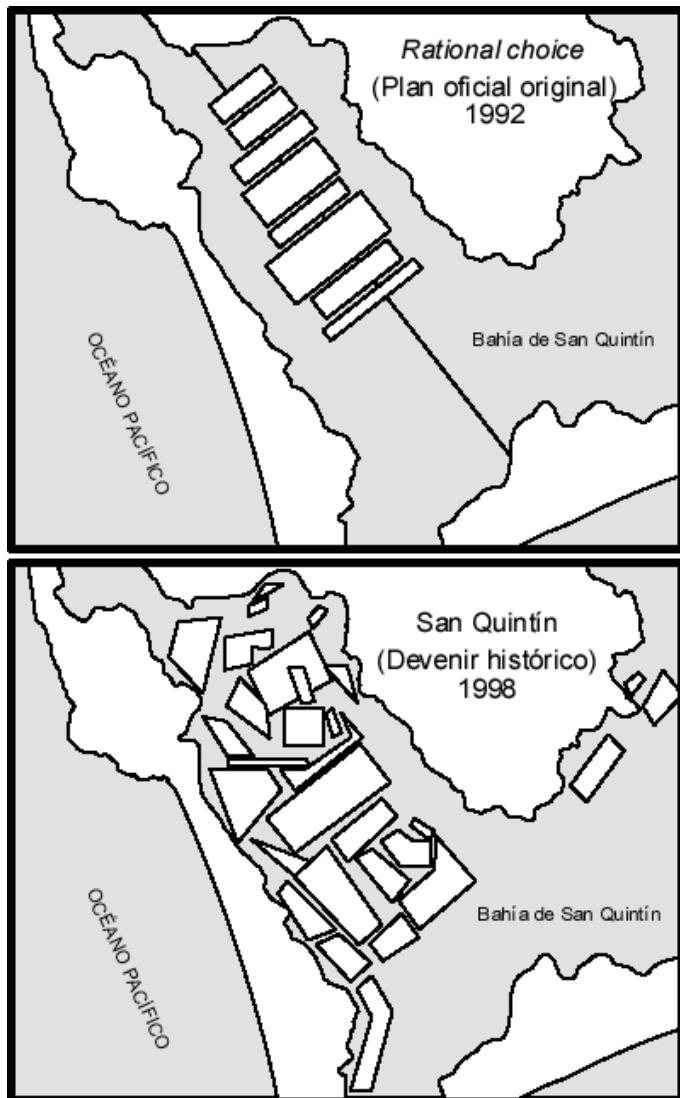


Figura 2. Comparación del ordenamiento planeado en 1992 (arriba) del parcelamiento para la acuacultura y el devenir histórico real en 1998 (abajo). Los polígonos indican parcelas concesionadas, solicitadas o posesiones *de facto*. Bahía de San Quintín.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

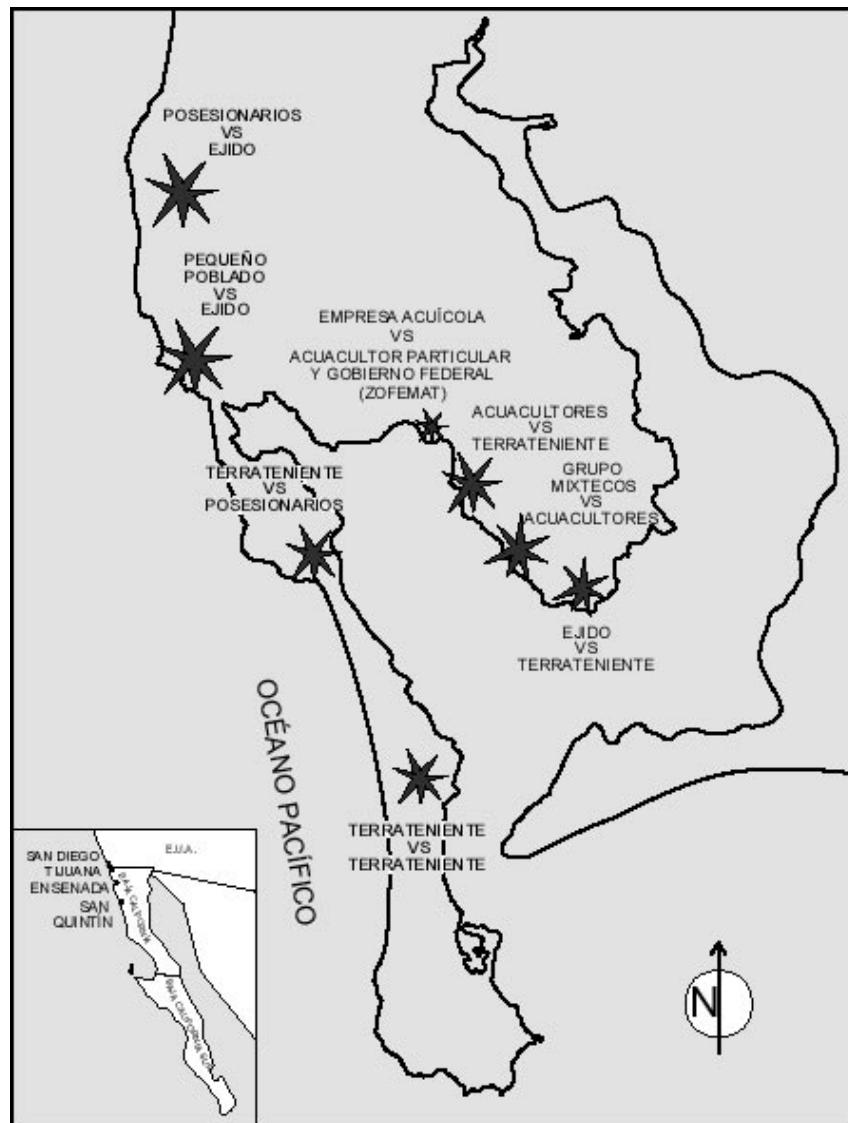


Figura 3. Conflictos por la posesión de las tierras en la ribera de la Bahía de San Quintín.

en los dos lados. Es decir, no es un conflicto entre norteamericanos y mexicanos.

Lo mismo ocurre con los partidos políticos, representados éstos por PRI y PAN, con total ausencia del PRD. El PAN gobierna en el nivel estatal. El PRI gobierna en el nivel federal y municipal. Se presenta una peculiar situación de *sandwich*, complicada para el PAN. Al interior de ambos partidos e incluso en los mismos niveles de gobierno, no hay congruencia. El Fondo de Empresas Solidaridad, dependiente del gobierno federal apoya directamente –con recursos que pueden caer a fondos perdidos, pues no

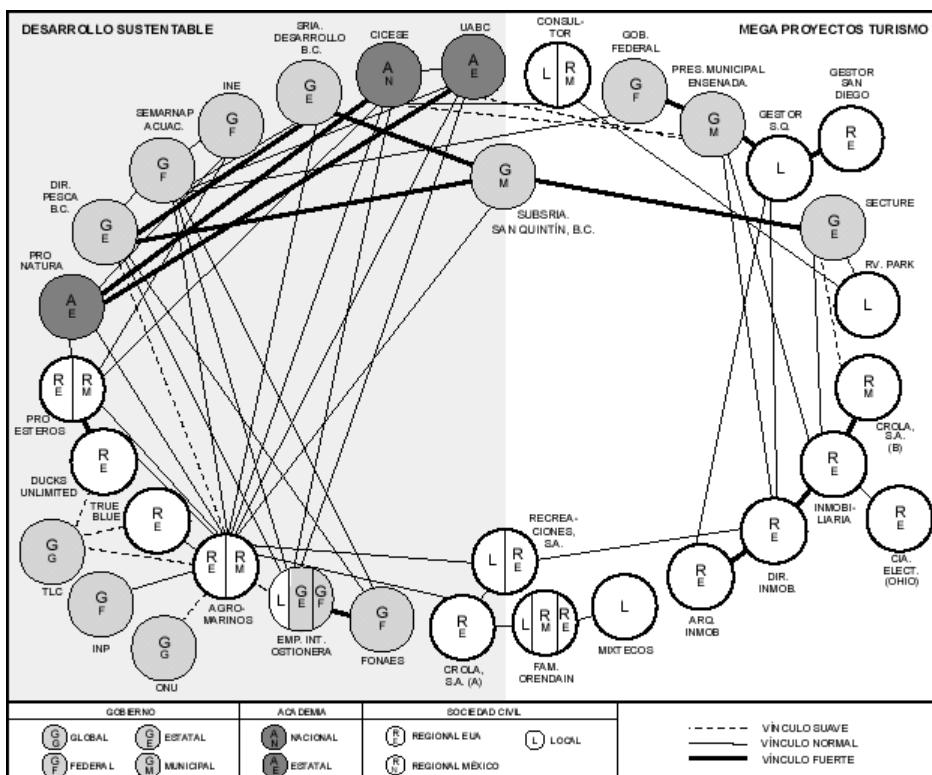


Figura 4. Sociograma general mostrando las relaciones entre los actores y diversas adscripciones, alineados en torno a uno u otro uso de la Bahía de San Quintín.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

contemplan garantías reales- a una fracción de los acuacultores, agrupados como empresa integradora. En esa misma empresa participa el PAN a través de su Dirección de Pesca estatal. Al mismo tiempo, la Secretaría de Turismo estatal, se ha manifestado en favor del megadesarrollo turístico, en coincidencia con el gobierno priista de nivel municipal. Como se ve, los dos partidos están bastante activos y representados en el conflicto, aunque en este caso pareciera que la fuerza del PRI es particularmente significativa para el megadesarrollo turístico, pues un promotor importante de ese proyecto tiene

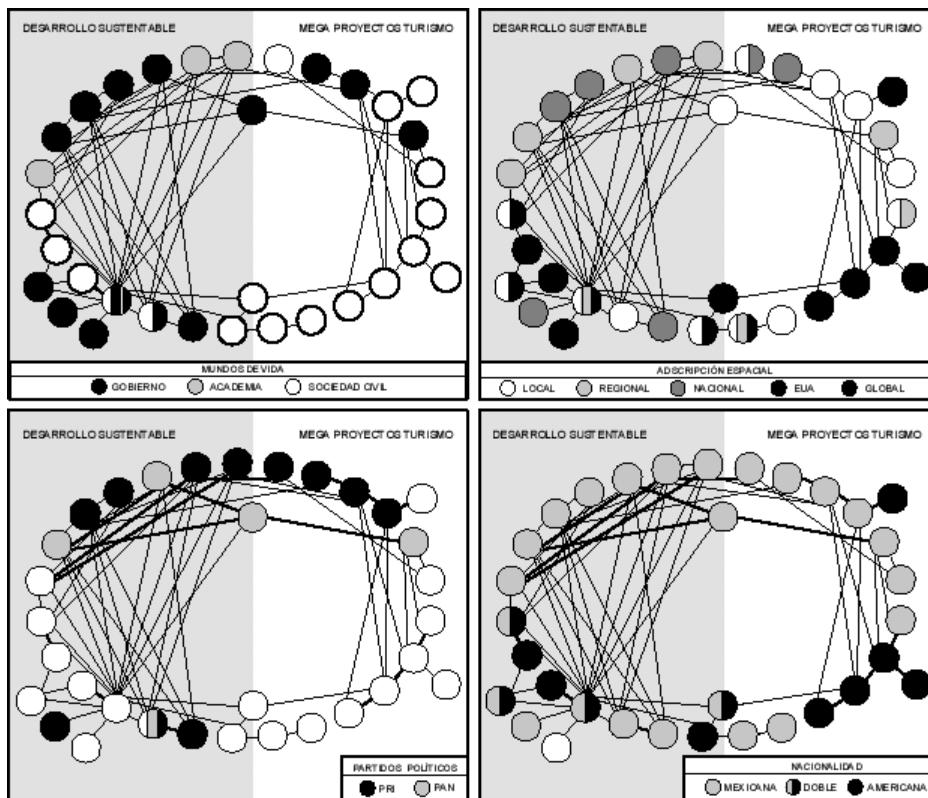


Figura 5. Sociogramas que representan diversas adscripciones.

Alfonso Aguirre Muñoz

un vínculo familiar hacia el más alto nivel del gobierno federal, que pudiera ejercer influencia sobre el Instituto Nacional de Ecología, responsable de la dictami-nación del estudio de impacto ambiental. El PRI, en una situación muy comprometida, participa así por el lado de los promotores turísticos de manera velada, tanto en el nivel federal como en el municipal, mientras que de manera abierta participa apoyando al desarrollo sustentable a través de SEMARNAP y FONAES.

Todas las adscripciones rebasan el conflicto entre el desarrollo sustentable y el desarrollo turístico tradicional y resultan insuficientes para una explicación. Todas las categorías exhiben severas tensiones, conflictos y hasta contradicciones, con actores para cada adscripción en ambos bandos, salvo el de la academia y el de los conservacionistas. El factor explicativo es en sí, la opción de uso de la bahía. Aparece, en una situación empírica, de manera sincrónica, la confluencia y el desgarre de categorías tradicionales para ser trascendidas por lo que bien puede ser la racionalidad ambiental (Leff *op. cit.*), que las articula e incluye, con la reserva de la explicación sobre las motivaciones de los actores para aparecer y llevar a cabo acciones intensas como parte de esta nueva racionalidad.

Para la construcción del tipo ideal de uso de la bahía, llevo a cabo la ponderación y jerarquización de valores pertinentes para la evaluación de las principales opciones de uso: conservación, desarrollo sustentable, turismo tradicional y desarrollo intensivo general. Los valores se seleccionan en función de que permiten a la vez establecer un diálogo y una confrontación entre las diversas racionalidades, como un continuo entre ellas. En un extremo, favorecido por la perspectiva económica está la tasa interna de retorno (TIR), relacionada con el ánimo de máximo rendimiento financiero en el menor plazo, independientemente de cómo se obtenga. Un ejemplo es la bolsa de valores, en que el inversionista suele no saber de dónde surgen sus rendimientos. Le interesa saber cuánto gana en el mínimo plazo. Al otro extremo, un criterio favorecido por

la racionalidad sustantiva o fundada en valores, está la calidad de vida (para los actores inmediatos y para las mayorías en general). En medio hay valores como el desarrollo regional o la generación de empleo, que son lazos entre una y otra racionalidad. La racionalidad sustentable, aparece de esta manera, como la lógica contingencia histórica de una racionalidad fundada en valores de respeto a la dignidad humana y a la naturaleza. Es ésta una matriz de esa y otras posibilidades que no destruyen la naturaleza ni permiten la indignidad humana. Una lleva a la otra. Encontramos aquí consonancia con la teoría de la estructuración de Giddens (1984), y en un terreno más filosófico, con Ernst Bloch (1995), cuando establece la relación recíproca entre la libertad del hombre y la naturaleza como la base concreta, matriz producente, de donde deviene condicionada desde esa estructura toda contingencia o producto histórico.

Antes de determinar la contribución específica a cada opción de uso de la bahía –incluyendo la conservación pura y el desarrollo urbano general indiscriminado– se comparan todos los valores entre sí. Determino, desde cada perspectiva o racionalidad, cuál es superior al otro, en una comparación por pares. Se establece así una transitividad de valores para cada racionalidad. El que se muestra superior recibe linealmente en una suma simple el máximo valor. Se establece una escala transitiva que tiene en el fondo, con el mínimo valor numérico, el valor que no fue superior a ningún otro (valor de 1), para cada racionalidad. Después se determina la contribución de cada valor a cada opción de uso (en una escala de 1 a 4). De ahí se hace una integración con representación gráfica (escala base 100). Los resultados se muestran en las **tablas 1 y 2**.

La racionalidad desde adentro y la insustentabilidad

La conclusión aparente que surge del análisis de la situación ahora sustentable en la Bahía San Quintín es que los resultados de la racionalidad del desarrollo sustentable y de la racionalidad económica son casi iguales en cuanto a las opciones de desarrollo que favorecen: conservación y desarrollo sustentable, frente

Alfonso Aguirre Muñoz

Tabla 1. Ponderación de los criterios de evaluación desde las diversas racionalidades. El criterio que aparece en la celda es el considerado superior en la comparación transitiva por pares, para cada racionalidad. Al peso final (sumatoria de las columnas para ese criterio) se le suma una unidad para evitar valores 0 y dejar que la evaluación opere con el ranqueo.

Racionalidad Económica

Criterio	CV	C	S	DR	E	IB	VP	TIR
Calidad de vida (CV)	-	C	S	DR	E	IB	VP	TIR
Conservación (C)	C	-	S	DR	E	IB	VP	TIR
Sustentabilidad (S)	S	S	-	DR	E	IB	VP	TIR
Desarrollo regional (DR)	DR	DR	DR	-	E	IB	VP	TIR
Empleo (E)	E	E	E	E	-	IB	VP	TIR
Inversión bruta (IB)	IB	IB	IB	IB	IB	-	VP	TIR
Valor de la producción (VP)	VP	VP	VP	VP	VP	VP	-	TIR
Tasa interna de retorno (TIR)	TIR	-						
Pesos (+1)	1	2	3	4	5	6	7	8

Racionalidad Sustentable

Criterio	CV	C	S	DR	E	IB	VP	TIR
Calidad de vida (CV)	-	CV						
Conservación (C)	CV	-	S	C	C	C	C	C
Sustentabilidad (S)	CV	S	-	S	S	S	S	S
Desarrollo regional (DR)	CV	C	S	-	DR	DR	DR	DR
Empleo (E)	CV	C	S	DR	-	E	E	E
Inversión bruta (IB)	CV	C	S	DR	E	-	VP	VP
Valor de la producción (VP)	CV	C	S	DR	E	VP	-	IB
Tasa interna de retorno (TIR)	CV	C	S	DR	E	VP	IB	-
Pesos (+1)	8	6	7	5	4	3	2	1

Racionalidad Sustantiva

Criterio	CV	C	S	DR	E	IB	VP	TIR
Calidad de vida (CV)	-	CV						
Conservación (C)	CV	C	C	C	C	C	C	C
Sustentabilidad (S)	CV	C	-	S	S	S	S	S
Desarrollo regional (DR)	CV	C	S	-	DR	DR	DR	DR
Empleo (E)	CV	C	V	DR	-	E	E	E
Inversión bruta (IB)	CV	C	S	DR	E	-	VP	VP
Valor de la producción (VP)	CV	C	S	DR	E	VP	-	IB
Tasa interna de retorno (TIR)	CV	C	S	DR	E	VP	IB	-
Pesos (+1)	8	7	6	5	4	3	2	1

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

Tabla 2. Contribución de cada valor a las opciones de uso de la Bahía de San Quintín, desde cada racionalidad. El peso (w) es el resultado de la comparación previa por pares (1-8); (r) representa la contribución de ese valor específico (1-4); (r) x (w) es la contribución de cada valor, que se suman y normalizan (base 100) para cada opción y cada racionalidad.)

Racionalidad Económica									
criterio	peso (w)	conservación tradicional		turismo		desarrollo sustentable		desarrollo intensivo	
		r1	t1=w x r1	r2	t2=w x r2	r3	t1=w xr3	r4	t1=w x r4
TIR	8	0	0	4	32	2	16	2	16
Valor (VP)	7	1	7	3	21	2	14	4	28
Inv. bruta (IB)	6	0	0	3	18	2	12	4	24
Empleo(E)	5	1	5	2	10	2	10	4	20
Des. Reg. (DR)	4	4	16	1	4	4	16	2	8
Sust. (S)	3	4	12	0	0	4	12	0	0
Cons. (C)	2	4	8	0	0	4	8	0	0
Calidad vida (CV)	1	4	4	1	1	4	4	1	1
TOTAL	-	-	35	-	58	-	62	-	66

Racionalidad Sustentable									
criterio	peso (w)	conservación tradicional		turismo		desarrollo sustentable		desarrollo intensivo	
		r1	t1=w x r1	r2	t2=w x r2	r3	t1=w xr3	r4	t1=w x r4
TIR	1	4	4	2	2	4	4	2	2
Valor (VP)	2	1	2	3	6	2	4	4	8
Inv. bruta (IB)	3	1	3	2	6	3	9	4	12
Empleo(E)	4	1	4	2	8	4	16	4	16
Des. Reg. (DR)	5	2	10	1	5	4	20	2	10
Sust. (S)	6	4	24	1	6	3	18	0	0
Cons. (C)	7	4	28	0	0	4	28	0	0
Calidad vida (CV)	8	4	32	1	8	4	32	1	8
TOTAL	-	-	72	-	28	-	89	-	38

Racionalidad Sustantiva									
criterio	peso (w)	conservación tradicional		turismo		desarrollo sustentable		desarrollo intensivo	
		r1	t1=w x r1	r2	t2=w x r2	r3	t1=w xr3	r4	t1=w x r4
TIR	1	1	1	0	0	1	1	0	0
Valor (VP)	2	4	8	0	0	3	6	0	0
Inv. bruta (IB)	3	1	3	0	0	2	6	0	0
Empleo(E)	4	4	16	2	8	4	16	1	4
Des. Reg. (DR)	5	4	20	2	10	4	20	1	5
Sust. (S)	6	4	24	0	0	4	24	0	0
Cons. (C)	7	4	28	0	0	4	28	0	0
Calidad vida (CV)	8	4	32	1	8	4	32	1	8
TOTAL	148	-	89	-	18	-	90	-	11

Alfonso Aguirre Muñoz

al turismo tradicional y el desarrollo general intensivo de la racionalidad económica. La diferencia entre ambas es más cualitativa que cuantitativa. La racionalidad ambiental está fundamentada fuertemente en los valores de la conservación, de la calidad de vida y del desarrollo regional; la sustentable, en valores más económicos e inmediatistas, concediéndole más valor a la inversión bruta, al valor de la producción y a la tasa interna de retorno.

Que en un plazo mediato se imponga la racionalidad económica con sus proyectos de turismo tradicional –a pesar de llegar después que la acuacultura a la región–, incompatibles con la calidad del agua exigida por la acuacultura, o que el desarrollo sustentable y la conservación logren resistir el embate, depende de que los actores de la acuacultura y la conservación –como aliados estratégicos– se apropien de los valores más profundos de la racionalidad ambiental.

Hasta ahora, entre los actores de la posible verdadera sustentabilidad, los problemas y las diferencias apenas se están empezando a hacer evidentes. Los valores que han guiado y mantenido esta trayectoria de la acuacultura en la bahía como eje de una racionalidad sustentable, es en esta situación producto de una necesidad inmediata y completamente instrumental. Se trata de la sobrevivencia de un grupo social que se ha encontrado con esta actividad de manera circunstancial, con fuertes y sostenidos impulsos desde la academia y el gobierno. La trayectoria no está orientada por valores de respeto al medio ambiente ni a los derechos humanos, por parte de la mayoría de los involucrados directamente. Cada vez abunda más la basura en los alrededores de los campos acuícolas. El que la acuacultura haya resultado a la fecha en un control positivo para un uso sustentable de la bahía es obra en buena medida de la casualidad.

Los equilibrios ambientales logrados de esta manera pueden ser frágiles e inestables. Thia-Eng (1997:179), en busca de la administración integral para la acuacultura, reconoce la influencia –como factor extrínseco– de las condiciones socio-

culturales, junto con las políticas nacionales, el mercado, los riesgos naturales, etc. Les opone los factores intrínsecos, todos de tipo técnico. En el mismo sentido, Leung y El-Gayar (1997), como exigencia para que una operación de acuacultura sea definida como sustentable, establecen las siguientes condiciones: a) su viabilidad económica, b) una lógica ambiental, y c) aceptación social. Es claro que más que por las condiciones genéticas, por ejemplo las producentes y concretas de situaciones específicas, estos autores se orientan, como el flujo tradicional del desarrollo sustentable, de manera voluntarista por el tipo-ideal del producto o el resultado. La situación analizada muestra que los valores, la racionalidad sustantiva, no son el soporte en la situación que analizamos. Los equilibrios ambientales logrados de esta manera pueden ser frágiles e inestables.

Otros actores cercanos -por su posible nivel de afectación- al desarrollo sustentable en San Quintín, coinciden con esta línea de racionalidad puramente instrumental que hemos descubierto desde la acuacultura. Las racionalidades que hemos discutido y aplicado para nuestro análisis pueden ser discursivas y abstractas, todas ellas, o evidentes en la práctica, en situaciones concretas. Pueden estar construidas como conocimiento en función de un movimiento hipotético-inductivo con intenciones de generalización y hasta búsqueda de ley y aplicación universal, o pueden resultar de observación empírica con una orientación de conocimiento comprensivo de lo particular o de carácter endopático como lo llama Weber (1990).¹⁴ Ya cuando aparecen productos que parecen responder a racionalidades definidas a partir de evidencia empírica -como

¹⁴ En sus fundamentos metodológicos, muy vigentes en estos momentos, cuando resurgen con fuerza las perspectivas interpretativas y cualitativas, Weber (*op. cit.*), propone: "Toda interpretación, como toda ciencia en general, tiende a la 'evidencia'. La evidencia puede ser de carácter racional (y entonces, lógica, matemática) o de carácter endopático: afectiva, receptivo-artística. En el dominio de la acción es racionalmente evidente, ante todo, lo que de su 'conexión de sentido' se comprende intelectualmente de un modo diáfano y exhaustivo. Y hay evidencia endopática de la acción cuando se revive plenamente la 'conexión de sentimiento' que se vivió en ella".

Alfonso Aguirre Muñoz

es el caso actual en San Quintín-, las motivaciones y los sentidos imputados por los actores pueden ser muy diversos.

Robert K. Yeaton, Bob, tiene más de ochenta años. A veces se declara aliado de la conservación en San Quintín. A veces parece no soportar las tentaciones del turismo. Hace más de veinte años compró las cerca de 900 ha de la península exterior de San Quintín. Estaba casado con una mexicana. Se divorció hace varios años. A pesar de su edad está muy activo y tiene planes, fu-turo, que no cesa de elaborar. Fue acusado por el periodista Manuel Buendía —asesinado hace años— de ser agente de la CIA, por supuesto encubierto.¹⁵ Bob desmiente todo. Dice que Buendía —según el propio periodista le confesó— cuando Yeaton le advirtió que podría demandarlo o al menos exigir aclaraciones al periódico (*El Sol*, con fuerte influencia del presidente Echeverría en ese entonces, según el propio Yeaton), lo atacó en la prensa porque a Merino Rábago, secretario de Agricultura y Recursos Hidráulicos en ese entonces, no le gustó la forma en que Yeaton promovía un gran proyecto agrícola en el centro de México, sin el acuerdo con el secretario.¹⁶ Es hombre muy culto y que ha viajado. Conoce prácticamente todo el mundo. Afirma haber invertido un millón y medio de dólares en la compra de esa península externa de San Quintín, con la voluntad de ver un desarrollo diferente

¹⁵ Manuel Buendía, en un capítulo llamado la *La CIA en acción*, describe a Bob: Hace diez años Robert K. Yeaton —actualmente cincuentón (1978), con 1.85 m de estatura, ojos claros, pelo rubio canoso y dueño de un español ‘mecsicano’— era un simple agente de inteligencia al servicio de la embajada de los Estados Unidos, bastante bien identificado por grupos de periodistas, en especial los que cubrían la fuente del aeropuerto [...] De pronto, Yeaton se esfumaba [...] Pero Yeaton ha vuelto a aparecer en México. Ahora es, o aparenta ser, un rico hombre de negocios que trata de interesar a funcionarios de gobierno mexicano en un proyecto que, como dijimos aquí en la que un simple burócrata del Departamento de Estado adquiera de pronto la propiedad de una empresa que posee información de los satélites sobre la existencia de mantos acuíferos en aquella región mexicana (semidesierto del noroeste mexicano) y ofrezca traer el equipo más sofisticado para extraer el agua, construir canales de riego y convertir la miserable zona ixtlera-candelillera en un emporio agrícola? Véase: Buendía, M. 1984, *La CIA en México*. Editorial Océano. México, D. F. 226 pp.

¹⁶ Conversación del autor con Robert Yeaton. Junio de 1998. Ensenada, B. C.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

en México, ordenado y con prosperidad. En 1996, antes de que se hicieran manifiestas las intenciones de una inmobiliaria norteamericana de desarrollar el mega-proyecto turístico en sus tierras –de acuerdo con su ex-esposa y sin consultarla siquiera– Bob imaginaba el siguiente escenario para la ribera de San Quintín:

desde mi punto de vista, el futuro de Baja es ser un centro de recreación para todo el año, que pueda recibir gentes de todo el Pacífico. Al mismo tiempo, es un lugar a donde podrán llegar miles de gentes de todo México a buscar una nueva oportunidad de trabajo, de Yucatán, de San Luis Potosí, de los lugares pobres de México... con relación a San Quintín, y más específicamente con relación a los 13 000 acres alrededor de la bahía y los 6 000 acres al centro de la bahía, la mayor parte de esa tierra es poseída por gentes con visión de largo plazo, más que una visión de *rompe y rasga*. Puede haber diferencias entre nosotros, siempre las hay, en cualquier terreno, pero estamos bastante juntos. Pero yo estoy muy feliz, porque el movimiento ecológico de Baja California Norte al menos, se ha venido desarrollando muy, pero muy bien... Así tenemos ahora el recurso, así como la gente interesada en preservar la ecología y usarla. A la gente de California le interesa mucho, porque hemos estropeado (los norteamericanos) nuestros estuarios y ahora se usa la Bahía de San Quintín como un modelo de cómo rehacer los estuarios en los Estados Unidos... En cualquier caso, tuve una plática con un caballero, quien me indicó su interés por adquirir mi propiedad para desarrollarla..., si pudiera tener un casino... Son una organización y son gentes muy, pero muy ricas... Una de ellas me dijo: "Si fuera posible, tendríamos ahí el mayor casino del mundo, el más hermoso casino del mundo y haríamos el centro turístico más fabuloso en su propiedad"... El dinero del casino serviría para preservar la ecología ahí mismo. O el dinero que yo consiga por la venta serviría para comprar otras tierras en la Península de Baja California, y así prevenir su deterioro ambiental.¹⁷

¹⁷ Entrevista a profundidad videograbada a Robert Yeaton. Tema: *El desarrollo de la Península de Baja California y de San Quintín en particular*. Desierto Central de Baja California. Entrevista originalmente en inglés. Traducción del autor. Noviembre de 1996.

Alfonso Aguirre Muñoz

Con el impulso y la fuerza que se ha vuelto explícita de la inmobiliaria americana para hacer el mega-desarrollo sin considerarlo, Bob a veces cambia significativamente su perspectiva. Dos años después, aunque nunca se sostiene, propone:

Debíamos llegar rápido a un acuerdo a todos los que nos interesa la ecología de San Quintín. Yo estoy dispuesto a amarrarme las manos y comprometerme a no desarrollar más que 200 casas en las 900 hectáreas de mi propiedad, todo solar, todo con agua marina destilada. Sin perturbar el ambiente. Sin caminos pavimentados. El resto quedaría garantizado por el propietario, por mí, desde ahora, como reserva natural. Facilitaríamos que hubiera instalaciones para hacer investigación científica, tanto norteamericanas como mexicanas.

El director de la inmobiliaria, promotor principal de uno de los mega-proyectos turísticos se ha puesto en contacto con los acuacultores, particularmente con un grupo de inversionistas norteamericanos que se han asociado en una de las empresas locales. Ignorando incompatibilidades entre la acuacultura y el turismo tradicional de gran escala, les explica:

Gracias por su llamada. Agradezco la posibilidad de haber discutido el proyecto de San Quintín con ustedes. Queremos ganar el apoyo local para nuestro proyecto y queremos que la gente local sepa lo que hemos planeado. Probablemente más importante debido a sus operaciones comerciales (de acuacultura) en la bahía, queremos que ustedes entiendan nuestros planes. Tenemos la esperanza que nuestro desarrollo y sus operaciones no vayan a tener conflicto. Queremos coexistir armoniosamente por el bien del área. Creemos que hemos tomado las consideraciones ambientales que pudieran llegar a afectar sus operaciones. En este momento estamos pendientes (*on hold*) en tanto cubrimos algunas cuestiones locales y ojalá que logremos apoyo local para ese proyecto y por los beneficios que traería a la región de San Quintín.

El escrito, en inglés, hecho por un norteamericano a otro norteamericano, es girado de las Lomas de Chapultepec en la ciudad de México (mega-proyecto turístico) a California (acuacultura). Acusa copia al Ing. Pedro Álvarez Icaza del Instituto Nacional de Ecología, en inglés, así como al Ing. Fernando Ortiz Monas-

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

terio.¹⁸ Al conocer del proyecto en detalle, el representante de los norteamericanos que han invertido en la acuacultura en San Quintín comentó:

Estoy muy preocupado, porque ese proyecto sería desastroso para la acuacultura. Tenemos que oponernos a como dé lugar, en los Estados Unidos los socios norteamericanos y en México, los socios mexicanos. Habría grandes riesgos de perder la certificación sanitaria.¹⁹

Los propietarios de una porción muy importante de tierras de la ribera de la bahía, enfurecieron ante un reportaje reciente hecho por un periodista de un periódico regional, en el que se valoraba la riqueza natural de la bahía, la importancia de su conservación y su uso de manera sustentable. Ellos han iniciado un incipiente desarrollo de fraccionamiento turístico, sólo después de cincuenta años de haber recibido concesión federal para desarrollar las tierras de la ribera. Declararon para el reportaje voceros de organizaciones ecologistas, acua-

¹⁸ Carta con fecha del 20 de julio de 1998.

¹⁹ Por esas fechas, la empresa intentó una asociación con un fondo gubernamental para capitalizar a empresas mexicanas en el sector rural. En realidad la empresa respondió a una iniciativa de promotores del Fondo, que consideraban muy viables apoyarla financieramente. Después de aplicarse la empresa con un trabajo extraordinario para cubrir rápido con todos los requisitos, se hizo una cita en la ciudad de México. El promotor citó a uno de los socios, un domingo por la tarde, previo a la cita oficial del lunes, en un café de la ciudad de México, distante más de tres mil kilómetros de San Quintin. *El coordinar técnico* ya conoce el proyecto, los detalles de la empresa, y considera que es totalmente viable. Advierte que la empresa debe tener mucho cuidado de no caer en las garras de un director adjunto, pues exige *mochadas* fuertes y le hace el *trabajo sucio* al director. En cambio, el técnico dice que si la empresa le da a él en lo personal el dos por ciento del monto de la inversión, él se compromete a sacarlo adelante. Al otro día, después de ser presentado y tratado con mucha amabilidad por el director general y todos los directores adjuntos, el empresario va a comer con el *técnico*. Es llevado por sorpresa a un *table dance* de la Zona Rosa, vecina de las oficinas del Fondo. La comida, de pésima calidad y carísima, se da entre los genitales de "bailarinas". La cuenta corre a cargo del empresario. Después de ciertas visitas del director adjunto a Baja California y frente a enormes tortuguismos, la opción de inversión mexicana se desvaneció. Cristalizó en cambio, al poco tiempo, la inversión extranjera. Observación participante. Ciudad de México y Baja California. Enero a marzo de 1997.

Alfonso Aguirre Muñoz

cultores y autoridades estatales y federales. El escrito de los Orendáin -los propietarios- fue dirigido al gobernador, al congreso, a la procuraduría, a diversas autoridades del ejecutivo estatal y federal, así como a organizaciones ecologistas.²⁰

debido a la notoria parcialidad de su contenido, elaborado al servicio de intereses de supuestos acuacultores a los cuales se les pretende favorecer, creando una opinión pública basada en falsedades con el objeto de ejercer presión política sobre las autoridades y verse favorecidos en sus pretensiones ilegales, así como también obedece a una estrategia para desprestigiar al Suscrito y desarticular la propiedad que detento en la Bahía de San Quintín [...]

Pro-esteros es una organización no gubernamental ecologista, binacional, dedicada específicamente a promover el cuidado de esteros, lagunas costeras y marismas. Cuando se enteraron del mega-proyecto en San Quintín, reaccionaron rápidamente, como lo informa, en inglés, su boletín:²¹

Laura y Patricia respondieron inmediatamente, contactando a colegas científicos del CICESE, con quienes Pro-esteros ha estado colaborando en una propuesta para un plan de manejo ecológico en San Quintín. Laura y Patricia contactaron a funcionarios públicos locales para informarles que era necesario contar con datos científicos fundamentales antes de hacer cualquier tipo de desarrollo [...] Ellos contestaron que no se daría ningún permiso sin el involucramiento de Pro-esteros [...] Sugirieron invitar a los directores involucrados de la SEMARNAP a un tour guiado por San Quintín [...] Al secretario de Turismo del gobierno del estado, Lic. Juan Tintos, le hicieron ver que el presidente municipal de Ensenada, Manuel Montenegro, ha establecido como uno de sus principales objetivos el desarrollo de San Quintín, pero que nadie de su equipo ha tomado en consideración un plan de administración ecológico [...] Si nos movemos rápido, aún hay esperanza para San Quintín.

²⁰ Véase el reportaje de Javier Cruz Aguirre. 1998. *Bahía de San Quintín. Entre el progreso y la conservación*. Zeta. Tijuana. B. C. 29 de mayo al 4 de junio de 1998.

²¹ La primera reacción de Pro-esteros aparece en una nota de su boletín periódico. Véase: Pro-esteros. 1996. *Developing San Quintín? Newsletter*. Vol. VIII, No. 1:1-2. Oakland, California. Traducción del autor.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

En representación de varias empresas acuícolas de San Quintín, Reyes Guerrero ha hecho una denuncia ecológica ante PROFEPA, previniendo la posibilidad de gran afectación por parte del proyecto turístico.²² La empresa integradora ostionera y una empresa acuícola mercantil, entre las que suele haber relación de competencia, se han empezado a juntar para defender intereses comunes, en contra del turismo.

El subsecretario de Pesca, Carlos Camacho Gaos, sobre la situación específica, en entrevista con el autor, dijo:²³

[...] por ejemplo, lo de San Quintín, eso son los verdaderos problemas. ¿Qué haces? ¿Desarrollas la laguna costera para efectos de acuacultura o le das entrada al turismo? Aquí es donde es más difícil encontrar la solución. Pero si la decisión fuera meramente vía mercado, como lo mencionabas ayer, el sector del turismo desplaza a la acuacultura. O sea, por la riqueza, el tamaño de inversión, en el poderío económico de un actor contra el otro, se define hacia dónde van las cosas. Ahí es donde sí, la intervención gubernamental contra un concepto de neoliberalismo exagerado o un liberalismo exagerado, se enfrentan, ¿no? Hay valores, hay razones por las cuales no sólo se tiene que buscar el mantenimiento de la zona, la conservación biológica, etcétera, sino que es un valor social eso, y por lo tanto, la intervención de gobierno se hace necesaria. De ahí que la dirección, la conducción de la política tenga que existir en todo momento, tiene que haber política pública. No puedes dejarlo al libre arbitrio. Por ejemplo, cuando se hizo Cancún, que a mí me tocó participar en el mero inicio, consideraciones de carácter ambiental –si las hubo– fueron minimizadas en su importancia [...]

Uno de los acuacultores, siempre solidario con la defensa de su propia actividad económica, ha explicado sin mayor malicia, con relación a un terreno en la ribera: “Parece que ya conseguí comprador para una porción; lo quieren para hacer un campo de trailas...”

²² Denuncia presentada por la Empresa Integradora Ostionera en la Sub-Delegación de PROFEPA en Ensenada. Julio de 1998.

²³ Entrevista audiograbada del autor a Carlos Camacho Gaos, subsecretario de Pesca de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca. 22 de abril de 1998. Mazatlán, Sinaloa, México.

Alfonso Aguirre Muñoz

Mientras tanto la basura sigue proliferando alrededor de la bahía, generada ahora, al menos en parte, por algunos de los propios acuacultores que se han ido a vivir ahí –a la misma ribera– aparentemente para defender un territorio, a pesar de que en el pueblo vivían con servicios. La basura, más rápido que despacio está integrándose peligrosamente de manera natural al horizonte aproblemático del mundo de vida local, ahora en términos del paisaje. Mientras tanto, en el camino de acceso a la bahía, en una ladera, se ha construido una destacada edificación, la mayor de la región, levantada con gran rapidez por norteamericanos vinculados a grupos religiosos y que funciona como casa hogar para jóvenes que llegan de ese país.

Los desenlaces

Es así como la racionalidad sustentable, propuesta tradicionalmente más como un objetivo que como un producente, sólo deviene como producto de forma natural cuando tiene como base los valores de la racionalidad sustantiva. Bajo esas condiciones, la articulación hacia una racionalidad ambiental, alternativa a la económica, surgiría de manera natural.

En las evaluaciones que hicimos, las alternativas de conservación y desarrollo sustentable para la bahía y la ribera, sobresalen desde las dos racionalidades, la sustentable y la ambiental, pero en la ambiental se radicalizan todavía más esas opciones de uso ante el turismo tradicional y el desarrollo intensivo, como en una polarización creciente. Por ahora, el desenlace negativo está latente. El equilibrio es inestable y precario, tipo *silla de caballo*. El aparente desarrollo sustentable actual, debido a no estar fundado en valores puede perderse rápidamente. El cambio hacia un desarrollo tradicional, de tipo estructural, sería fatal y quizás irreversible para la acuacultura y la conservación. En pocos años sabremos del desenlace, de la capacidad de los actores de in-corporar nuevos y no sólo convenientes, sino indispensables valores.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

De otra manera, también desde el frágil desarrollo sustentable actual se le estaría dando la razón a Leff (1998:23)²⁴ quien contra el concepto acrítico del desarrollo sustentable, establece:

El discurso del desarrollo sostenible va engullendo el ambiente como concepto que orienta la construcción de una nueva racionalidad social. Esta estrategia discursiva de la globalización genera una metástasis del pensamiento crítico, disolviendo la contradicción, la oposición y la alteridad, la diferencia y la alternativa, para ofrecernos sus excrementos retóricos en una re-visión del mundo como expresión del capital. La realidad ya no sólo es refuncionalizada para reintegrar las externalidades de una racionalidad económica que la rechaza. Más allá de la posible valorización y reintegración del ambiente, éste es recodificado como elementos del capital globalizado y de la ecología generalizada.

La discusión, y eventualmente la decisión sobre un proyecto, tiene mucho más riqueza cuando se plantean los fundamentos valorales reales y no los escenarios deseables. La congruencia entre medios y fines se alinea totalmente. Los fines, tratándose de la relación entre seres humanos y humanos-naturaleza, como se muestra en esta situación empírica concreta, nunca justifican los medios. La perversión de los medios puede resultar efectivamente en equilibrios, pero de inestable y muy pasajera presencia.

La situación analizada tiene, de acuerdo con nuestra perspectiva, un valor paradigmático, pues el caso particular de las lagunas costeras impide una conciliación de usos e intereses entre el turismo tradicional y actividades dependientes de la riqueza biológica natural y el equilibrio del ecosistema (conservación, acuacultura y ecoturismo limitado). Esta imposibilidad se manifiesta no sólo en la práctica, sino desde la construcción teórica del propio tipo-ideal del desarrollo sustentable universal, cuando con base histórica que trasciende fronteras geográficas y culturales, se ha demostrado esta contradicción de usos.

²⁴ Leff, E. 1998. *Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder*. Siglo XXI editores, México, D. F.

Alfonso Aguirre Muñoz

Las aportaciones explícitas, discursivas y de prácticas de los propios actores muestran cómo, a pesar de que una de las actividades es sustentable y se exige una relación de respeto a la naturaleza -la acuacultura-, esto ocurre en mayor medida bajo una racionalidad meramente instrumental, con un funcionalismo corto en el horizonte temporal. Ante una opción de mayor ingreso inmediato, sea vender un pequeño lote para un campo de *trailas*, o vender un latifundio para hacer un casino mundial en un ambiente ecológico, la inerme racionalidad sustentable se desvanece hasta desaparecer. Se potencia esta presión externa al sistema, con la percepción por parte del gobierno de una apremiante necesidad de las naciones y las regiones (México y el estado de Baja California en este caso) de promover el desarrollo y captar inversiones, a veces de manera indiscriminada por una euforia galopante y miope. Si estas promociones o tolerancias gubernamentales se consideran como inevitables y ocurren sin consideraciones ecológicas, es decir sin respetar un aprovechamiento racional de los recursos naturales de la mano del respeto a los derechos humanos, importantes actividades económicas sustentables pudieran perderse irremediablemente.

Las estructuras relationales mostradas en los sociogramas explicitan todo tipo de adscripción para los actores que se alinean por un desarrollo acotado por valores ambientales y otro totalmente libre, de desarrollo tradicional. Confirman que la explicación sobre la acción de los actores está dada en sí por el tipo de desarrollo. Las adscripciones políticas, de pertenencia espacial de todo nivel, y de nacionalidad, todas tienen representaciones en ambos tipos de desarrollo. La situación analizada está lejos de mostrar una predominancia de valores posmodernos o de tipo posindustrial (Touraine 1997) en pro del desarrollo sustentable o de formas hipercivilizadas de modernidad, como el diálogo consensual (Habermas 1987a y 1987b).

No es una lucha de la globalización contra una defensa comunitaria de identidades amenazadas (Touraine *op. cit.*: 307). Lo que se manifiesta es una lucha muy activa, no leal ni frontal, ni a

través de mercados transparentes y perfectos. Todos los elementos que puedan constituirse en recursos de poder, son invocados y usados. La esperanza es que la condición pro-activa de los actores, ante favorables coyunturas en las que la lucha o la resistencia en favor de la naturaleza convergen con los derechos humanos, se refuerce con valores sustantivos, explícitos y, ahora sí, comunitarios. Se articularían así, en un retorno circular como lo concibe Moscovici (1975), en su libro *Sociedad contra Natura*, las necesidades materiales y su racionalidad instrumental que, por necesidad de sobrevivencia, se ancla nuevamente en los valores.

REFERENCIAS

- Acosta Ruiz, M. 1985. "Eficiencia nutricional del ostión japonés (*Crassostrea gigas*) en Bahía San Quintín e Isla San Martín", B.C. Tesis de Maestría. CICESE. Ensenada, B.C.
- Aguirre M., A., R.W. Buddemeier, V. Camacho I., J.D. Carriquiry, S.E. Ibarra O., B.W. Massey, S.V. Smith y F. Wulff. 1998. "Sustainable versus unsustainable resource utilization in an isolated coastal ecosystem". Regional Environmental Change Journal (Ed. Wim Salomons). En prensa.
- Alvarez Borrego, S. y A. Chee Barragán. 1976. "Distribución superficial de fosfatos y silicatos en Bahía de San Quintín, B.C." *Ciencias Marinas* 3(1): 51-61.
- Alvarez Borrego, S. et al. 1977. "Parámetros relacionados con la producción orgánica primaria en dos antiestuarios de Baja California." *Ciencias Marinas* 4(1): 12-22.
- Barnard, J.L. 1962. "Benthic marine exploration of bahía San Quintín, Baja California." *Pac. Nat.* 2: 250-274.

- Barnes, R. 1977 (ed.). *The coastline*. John Wiley and Sons. Londres.
- Bifani, P. 1997. *Medio ambiente y desarrollo*. Universidad de Guadalajara. Guadalajara, Jalisco, México. 699 pp.
- Bloch, E. 1995. "Sobre la situación actual de la filosofía." En: *El principio de la esperanza*. Vol. 3: 496. Aguilar. México, D.F.
- Bonfil Batalla, G. 1990. *México profundo. Una civilización negada*. Grijalbo. México, D.F.
- Carrillo Sánchez, C.G. 1985. Variación estacional del contenido de materia orgánica en sedimentos y biodepositación en Bahía San Quintín. Tesis. Facultad de Ciencias Marinas. UABC.
- Campbell, A. y Y. Yoshkin. 1980. "Coastal zone management in Japan and France." En: *Coastal Zone '80. Am. Soc. of Civil Eng.* New York. 2814-2827.
- Chávez A. y S. Alvarez Borrego. 1975. "Hidrología de Bahía de San Quintín en invierno y primavera." *Ciencias Marinas* 1(2): 31-62.
- Clark, J. 1977. *Coastal ecosystems management*. Conservation Found. Washington, D.C.
- Clark, J. 1996. *Coastal Zone Management Handbook*. Lewis Publishers. Boca Ratón, Florida. 694 pp.
- Colombo, 1977. Lagoons. En: Barnes, R. 1977 (Ed.). *The coastline*. John Wiley and Sons. Londres.
- Córdoba, A. 1994. Desarrollo, desigualdad y recursos naturales. En: P. Pascual Moncayo y J. Woldenberg (Coords.). *Desarrollo, desigualdad y medio ambiente*. Cal y Arena. México, D.F., pp. 51-74.
- Farfán B., C. 1981. Variability on tidal exchange of dissolved inorganic nitrogenous nutrients and suspended organic matter in San Quintín, Baja California, México. Tesis de Maestría. San Diego State University.

Conflictos ambientales y recursos naturales en Baja California

- Farfán B., C. y S. Alvarez Borrego. 1988. Contenidos de carbono en el zooplanton y en el pasto marino Zostera marina en Bahía San Quintín. *Ciencias Marinas* No. 8 (1): 125-133.
- Fischer, D. 1998. Techniques for Coastal Marine-Policy Analysis. Mecanoscrito.
- Fischer, D.W. y R. F. Keith. 1977. "Assessing the development decision-making process: a holistic framework." *The American Journal of Economics and Sociology*. No. 36 (1): 1-16.
- Giddens, A. 1984. *The constitution of society. Outline of the theory of structuration*. Univ. of California Press.
- Green D.P. y I. Shapiro, 1992. *Pathologies of Rational Choice Theory*. New Haven, CT. Yale Univ. Press.
- Habermas, J. 1987a. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo I. Taurus. Buenos Aires.
- Habermas, J. 1987b. *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo II. Taurus. Buenos Aires.
- Leff, E. 1994a. *Ecología y capital. Racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*. Segunda edición, corregida y aumentada. Siglo XXI editores-UNAM. México, D.F.
- Leff, E. y J. Carabias (Coords.). 1993. *Cultura y manejo sustentable de los recursos naturales*. Vol. I y II. Porrúa-UNAM. México, D.F.
- Leff, E. 1998. Saber ambiental: sustentabilidad, racionalidad, complejidad, poder. Siglo XXI editores. México, D.F.
- Leung, P. y O El-Gayar. The role of modeling in the managing and planning of sustainable aquaculture. En: J.B. Bardach (Ed.). *Sustainable aquaculture*. John Wiley & Sons. Nueva York, pp. 149-157.
- Levy, J.P. 1988. Towards an integrated marine policy in developing countries. *Marine Policy* (12): 326.
- Moreno, J.L. 1934. *Who shall survive?* Beacon Press. Boston.

Alfonso Aguirre Muñoz

- Moscovici, S. 1975. *Sociedad contra natura*. Siglo XXI editores. México, D.F.
- Myers, J. 1981. *America's coast in the 80's: policies and issues*. Coast Alliance. Washington, D.C.
- Nelson-Smith, A. "Estuaries." En: Barnes, R. 1977 (Ed.). *The coastline*. John Wiley and Sons. Londres.
- Olivier, S.R. 1988. *Ecología y Subdesarrollo en América Latina*. Siglo XXI editores. México, D.F.
- Poumian Tapia, M. 1986. Biomasa aérea de Zostera marina y sus epífitas microscópicas en Bahía Falsa, San Quintín, Baja California. Tesis. Facultad de Ciencias Marinas. Universidad Autónoma de Baja California.
- Rodrigues, A. 1982. *Psicología social*. Trillas. México, D.F.
- Simon, A. 1978. *The thin-edge coast and man in crisis*. Harper and Row. Nueva York.
- Thia-Eng, Ch. 1997. "Sustainable aquaculture and integrated coastal management." En: Bardach, J.B. (Ed.). *Sustainable aquaculture*. John Wiley & Sons, pp. 177-199.
- Touraine, A. 1997. *¿Podremos vivir juntos? El destino del hombre en la aldea global*. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina.
- Usher, M.B. 1977. "Coastal management." En: Barnes, R. 1977 (ed.). *The coastline*. John Wiley & Sons. Londres.
- Weber, M. 1990. *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehende Soziologie*. Fünfte, rev. Auflage. J.C.B. Mohr. Tübingen. Alemania.

11

AMENAZAS Y CONFLICTOS SOCIO AMBIENTALES DE LA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE HIDROCARBUROS EN LA AMAZONIA PERUANA

Lily La Torre López *

Introducción

En Perú, la mayor parte de las intervenciones de la sociedad no indígena y de las empresas nacionales y transnacionales en los bosques amazónicos ha contado con un marco político y jurídico muy permisible para la apropiación y extracción intensiva de los recursos naturales, con consecuencias graves o devastadoras para los pueblos indígenas amazónicos.

Prácticas que son la historia negra de nuestras sociedades: desde esclavismo y genocidio hasta despojo a los indígenas de sus tierras y recursos naturales.

Estos son los casos de la explotación del caucho, la madera, el barbasco, el palo de rosa, el oro, la comercialización masiva de la flora y fauna silvestre, una historia que ido en dirección contraria al futuro y en desmedro de la calidad de vida de la humanidad en general y del hombre indígena en particular.

Durante las últimas tres décadas, la aspiración primera y mayor de los pueblos indígenas y de sus actuales organizaciones es

* Oilwatch-Racimos de Ungurahui

Lily La Torre López

la de garantizar y poder vivir en un territorio propio, sano y bajo su control efectivo. Este derecho capital está hoy seriamente amenazado por las actividades de poderosas empresas petroleras que operan en sus tierras, las que hasta ahora actúan en la práctica con una suerte de inmunidad frente a hechos evidentemente punibles, en detrimento de los derechos colectivos e individuales de estos pueblos.

En la zona de producción petrolera de la amazonía norte del Perú, son muy pocas, incompletas o superficiales las evaluaciones oficiales realizadas sobre estas actividades, pero se cuenta con evidencias suficientes para asegurar que son graves los niveles de contaminación del agua, los suelos, el aire, la depredación de la fauna y la flora y, de que se ha actuado sin sensibilidad hacia la vida de la población indígena que habita en esta área.

A la pérdida y contaminación de los recursos producida, le acompaña inevitablemente la disminución de la calidad de vida de la población. Pues mientras los más importantes yacimientos petroleros descubiertos en tierras indígenas contribuyen de manera significativa a aumentar las reservas del presupuesto estatal, el consumo nacional y la riqueza de las empresas, los principales perjudicados, quienes sienten diariamente la secuela de una actividad conducida irresponsablemente, son la población local.

En efecto, las millonarias ganancias económicas generadas por estos yacimientos, así como las regalías y canon recibidas por el Estado y el gobierno regional de Loreto, no han supuesto beneficio directo alguno para la población indígena.

Al recorrer el triste listado de los distritos del país considerados de extrema pobreza encontramos todos aquellos de los que se extrae el petróleo. Contaminación y degradación de la calidad de vida, premian el dudoso privilegio de tener tierras con riqueza en sus entrañas.

A pesar de las múltiples denuncias y evidencias de los impactos acumulados durante mas de 25 años en las zonas de explotación petrolera de Ecuador, Colombia, Venezuela y norte amazónico,

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

nico del Perú. Los responsables: Estados y empresas, no han iniciado siquiera un proceso serio de reparación a la población y al ambiente local, y sin embargo, ambos continúan asociándose para ampliar las fronteras petroleras.

En el Perú, durante los últimos cinco años se han otorgado a las empresas petroleras 31 lotes con más de 23 millones de hectáreas de bosque amazónico, para la exploración y explotación, en concesiones cuyos plazos van desde los treinta años, para yacimientos de petróleo, y cuarenta años para gas natural. La mayor parte de los lotes se sobreponen a tierras indígenas.

Para los indígenas, el territorio es parte de su existencia misma y la seguridad sobre ella les mantiene viva la esperanza de seguir siendo pueblo, con cultura e identidad propia. Actualmente la mayoría de las comunidades tienen parte de sus territorios ancestrales titulados, sin embargo, una vez más en su historia, estos territorios se ven perturbados, pues, habiéndoseles otorgado la propiedad superficiaria de sus tierras, no se les ha asegurado el control sobre su territorio y el uso pleno de sus recursos ya que se encuentran bajo condición.

Frente a la visión integradora de la cosmovisión indígena, la visión de la vida, la ley responde descuartizando la naturaleza, regulando por cada lado los derechos sobre las aguas, sobre los bosques, sobre los animales y sobre los recursos naturales y cada uno de sus componentes. El cielo, la tierra y las entrañas de la tierra tienen su ley. Es la visión del lucro.

Bajo este marco, el derecho del Estado sobre el subsuelo le permite otorgar concesiones para la exploración y explotación minera o petrolera, lo que autoriza a las empresas a moverse por las tierras indígenas, establecer sus servicios, perforar, extraer y transportar sus productos a través de ellas.

Para los pueblos indígenas, en el caso del petróleo, esta concesión no representa solamente un permiso para pasar libremente por sus tierras hacia el lugar donde se encuentra el

Lily La Torre López

yacimiento o la cesión de una pequeña área para las labores de producción.

Lamentablemente para ellos, son muchos los derechos de los que se ven despojados al introducirse las empresas. Derechos tan fundamentales como la salud, el control autónomo de sus territorios ancestrales, el disfrute de la paz, la tranquilidad y seguridad, su vida espiritual, el desarrollo de su cultura y de su identidad, su independencia, su alegría, su orgullo y el disfrute de sus recursos en un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida con calidad humana. Y, por supuesto, la dignidad.

Mientras tanto nuestros gobiernos, inmersos en la intensa competencia por las regalías petroleras, ofrecen a las empresas las mayores facilidades: desregulación, privatización, adecuación ambiental no restrictiva, promoción y exoneraciones, adecuados regímenes de protección de sus inversiones, un alto grado de flexibilidad en los estándares ambientales, garantías para asegurar las ganancias al menor costo, y normas definidas que la favorecen con relación a los otros sectores involucrados: los indígenas y el ambiente.

Frente a estos hechos, las organizaciones indígenas se han visto obligados a incorporar como parte prioritaria de su agenda, el tema de las actividades petroleras en sus tierras, y utilizando diversas estrategias, enfrentan esta situación preocupados por el futuro de sus pueblos que se encuentran expuestos en condiciones de extrema vulnerabilidad frente a los impactos de esta actividad.

El proceso es muy arduo, pues las actuales condiciones económicas y de empleo en las ciudades de nuestros países ha generado un profundo respeto hacia un sistema del que somos víctimas, en el que las empresas a las que se considera productoras de riqueza, fuentes de todo bienestar y generadoras de innumerables puestos de trabajo, tienen carta libre.

En efecto, el petróleo es considerado como una de las grandes herramientas del progreso, de un tipo de progreso en el que los

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

pueblos indígenas poco participan, y es por eso que a muchos extraña todavía la rebelde actitud de oposición y resistencia indígena, pues no todos son conscientes de que esos elegantes puestos expendedores de combustibles, esconden la miseria de los antecedentes del petróleo: sus víctimas, su arreglo de voluntades políticas, su implacable destrucción de la vida.

¿Por qué la elegancia del producto para unos y la terrible experiencia de su producción para otros?

Lo que se presenta a continuación es la descripción muy abreviada de los impactos de la explotación o extracción de hidrocarburos en territorios indígenas y los puntos de conflicto.

Los impactos se remiten a los lotes de producción con muchos años de implantación y cuyos resultados contrastan con el optimista panorama que presentan hoy las nuevas políticas de las viejas empresas.

El relato es peruano, pero igual llueve en toda la cuenca amazónica. Para los indígenas constituye el espejo en el que aprenden a evaluar las promesas con prudencia, una oportunidad para encarar el futuro demostrando que no han sido en vano las lecciones del pasado.

Las actividades petroleras en la amazonia peruana

Desde hace mas de 25 años dos empresas la norteamericana Occidental Petroleum Corporation (OXY) y la estatal Petroperú (hoy en su lugar opera la empresa argentina Pluspetrol) vienen generando entre ambos y hasta la actualidad el equivalente de aproximadamente 65% de la producción de petróleo que se consume en el país, extraída de los lotes petroleros 1AB y 8-8X ubicados en territorios indígenas achuar y quichua en la Amazonía norte peruana.

Durante los 25 años de producción, en ambos lotes, las actividades petroleras se realizaron sin aplicar los cuidados necesarios mínimos para evitar impactos negativos a las personas y al medio ambiente.

Lily La Torre López

Los impactos acumulativos en el área por efecto de estas actividades, siguen incrementándose. Cientos de hectáreas de bosque inundable se han afectado gravemente.

Hábitats de alta sensibilidad y de privilegiada riqueza biológica, semillero natural de una gran y compleja biodiversidad amazónica, están a la espera de ser recuperados.

El intenso deterioro de esta región ha merecido la clasificación oficial de una de las “zonas ambientales críticas más dañadas del país”.

La exploración sísmica

El impacto principal que sensibiliza a los indígenas a la entrada de una empresa, es precisamente, la intrusión, en pleno corazón de sus territorios ancestrales, de un acontecimiento de gran magnitud con consecuencias imprevisibles pero amenazadoras para todo lo que se estima valioso, sin su autorización.

Una invasión de grandes proporciones en la que no se ha contado con ellos, y en la que se plasma la sujeción incondicional a un Estado que se revela como dueño de su mundo y se lo entrega a la empresa extranjera sin miramientos.

En efecto, la apertura de trochas donde se van detonando cargas explosivas para detectar configuraciones geológicas hidro-carburíferas, se entrecruza a manera de parrilla a lo largo y ancho de las tierras indígenas, cruzando chacras, quebradas, cochas, zonas pobladas, lugares sagrados, colpas de animales, zonas de mitayo, de reproducción y corredores de fauna, áreas de recolección de recursos de flora para la alimentación, la construcción, etc.

Además de la apertura de trochas se tala el bosque para la instalación de helipuertos y campamentos volantes, usando para ello la madera, grava, arena, palmas, sogas, con lo que disminuyen los recursos disponibles para las familias indígenas locales y se destruye el hábitat de muchas especies que desaparecen junto a la alteración de sus ecosistemas.

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

Las trochas abiertas en áreas vírgenes del bosque constituyen, además, vías de penetración de madereros, mineros, cazadores ilegales, y otros extractores hacia tierras y recursos indígenas.

Las actividades también requieren la movilización de grandes contingentes de trabajadores acompañados de una estrepitosa maquinaria, compuesta por taladros portátiles, generadores de electricidad, compresoras de aire, motosierras, motores fuera de borda, vehículos terrestres y helicópteros, un permanente bullicio, que ahuyenta la fauna silvestre uno de los principales recursos alimenticios de la población, lo que obliga a los indígenas a duplicar sus esfuerzos para obtener el alimento familiar.

El incremento de oportunidades de trabajo estimula la economía local de manera temporal produciendo un aparente crecimiento económico que atrae más migración y colonización a la zona. Al haber más demanda de productos y servicios locales por los trabajadores petroleros, se produce inflación de precios. Al incrementarse la densidad demográfica, se produce mayor presión sobre los recursos alimenticios silvestres y sobre los limitados suelos agrícolas. Con ello empiezan los conflictos por tierras y choques culturales.

La escasez de alimentos del bosque y la inflación afecta doblemente a la población indígena local. Los migrantes dedicados principalmente al comercio y otros servicios, forman nuevos poblados, en los que proliferan los bares, centros de diversión nocturna y la prostitución, con lo que se va introduciendo en la zona enfermedades de transmisión sexual. El cuadro de enfermedades carenciales como la anemia y la desnutrición y otras infecto-contagiosas como la hepatitis, neumonía y tuberculosis se incrementa al disminuirse las defensas inmunológicas de la población indígena, por las limitaciones de los recursos alimenticios y el deterioro de las condiciones de vida sana. Para estas enfermedades no se conocen plantas curativas de la medicina indígena y el Estado no les presta atención suficiente.

Lily La Torre López

Las actuales concesiones petroleras plantean evitar este problema con la modalidad que denominan “isla adentro” cuyo único posible acceso es por helicóptero. Sin embargo, estas medidas que suponen un avance sólo se implementan para el control del ingreso al área de operaciones petroleras, pero no influyen en el control de la migración espontánea que puede atraer un proyecto de esta magnitud.

Por otro lado, al disminuirse los recursos naturales que sirven de subsistencia a la población indígena, se pasa a depender en mayor grado de los productos de afuera y para adquirirlos los varones buscan trabajo remunerado en la empresa o en otros lugares fuera de la comunidad, debiendo abandonar por largas temporadas la vida familiar y comunal.

Las mujeres, muchas de ellas con el marido trabajando afuera, deben invertir más tiempo y mucho más esfuerzo para atender solas las necesidades de la familia, buscar lugares de agua limpia, encontrar la escasa leña, ocuparse de la siembra y la cosecha, además de todas sus tradicionales ocupaciones diarias, y si están cerca de las operaciones petroleras deben, además, descontaminar las chacras, prestar más atención a los niños por los posibles accidentes y enfrentar el acecho o algunas veces la violación de foráneos.

No cabe duda de que es en la vida cotidiana de la madre de familia donde se ensaña con mayor crudeza los efectos de las actividades petroleras.

La perforación exploratoria y la producción de los pozos

Durante las operaciones de perforación exploratoria, se debe probar la cantidad y calidad del hidrocarburo, con la apertura de un pozo en un lugar indicado con mayor probabilidad de su existencia.

Para facilitar la perforación del pozo se introducen sustancias químicas muy tóxicas que luego salen a la superficie junto con el crudo como parte de los desechos de producción en forma de lodos que contienen aguas muy saladas, llamadas aguas de

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

formación y una mezcla de metales pesados, aceites, compuestos orgánicos, compuestos radioactivos y gases en solución.

El crudo va a un tanque medidor mientras el agua y el gas son llevados a piscinas donde deben recibir un tratamiento para reducir a su nivel mínimo el grado de toxicidad. En muchos casos este tratamiento no existe y el agua pasa directamente a los cuerpos receptores, los riachuelos que terminan en los ríos.

Estos vertidos residuales de las actividades de perforación y producción constituyen uno de los mayores impactos sobre la calidad de agua superficial y la vida acuática de la Amazonía, afectando el líquido vital así como la pesca, otra de las fuentes proteicas de fundamental importancia en la alimentación familiar indígena.

Las aguas de formación tienen altísimos contenidos de sal. El agua de mar tiene 20 000 partes por millón (ppm) de sal, y las aguas de formación llegan hasta 200 000. Desde 1975 hasta 1996 Petroperú había descargado al río Corrientes 850 000 barriles diarios, con concentraciones de hasta 34 000 ppm de sal y 44°C de temperatura.

En los ríos Tigre, Corrientes y Pastaza, que reciben las descargas de estas operaciones se han encontrado peces de consumo humano con alto contenido de plomo y cromo hexavalente que es considerado como agente cancerígeno y en zonas pantanosas, los nichos ecológicos que los animales ocupan durante la vacante y la creciente de los ríos quedan dañados.

Los metales pesados como el plomo, las aguas de formación y los hidrocarburos contaminan la única fuente de agua potable de las comunidades. Además estos tóxicos se acumulan en la cadena alimenticia de los peces, provocando enfermedades entre la población que no se manifiesta con efectos agudos sino crónicos y por lo tanto su expresión en síntomas y signos se dan en plazos más o menos prolongados pasando muchas veces desapercibidos. Aún más, el agua y los peces adquieren un olor metálico,

Lily La Torre López

las aves acuáticas mueren, al igual que otros animales que atraídos por la sal, beben agua contaminada. La gente que se baña en estas aguas contaminadas, sin saber que lo están, ya que la apariencia no siempre delata su estado, sufre de ronchas y otras alteraciones de la piel.

Otro impacto frecuente a la salud es por contaminación del aire que se produce con el gas que emana de la combustión. Intoxicaciones por inhalación, enfermedades respiratorias, debilidad y alteraciones nerviosas en los niños, además de contribuir al efecto invernadero y la lluvia ácida, que provoca muerte de vegetación y destrucción de hábitats.

Los derrames y la reparación ambiental

El transporte del hidrocarburo extraído se realiza mediante diversos medios: los oleoductos y gaseoductos, las carreteras para el traslado por transporte terrestre y las barcazas para el traslado por vía fluvial.

En su recorrido por la Amazonía, el sistema de ductos del Oleoducto norperuano, se adentra en el llano amazónico a través de zonas de bosque inundable, y ríos importantes, además de otros ríos menores.

A lo largo del trayecto de los oleoductos o gaseoductos, se instalan estaciones de bombeo, turbo-bombas para el movimiento del petróleo, estaciones de alivio y decenas de tanques de almacenamiento. En esta fase los principales impactos ambientales provienen de los derrames del crudo en los procesos de embarque y desembarque y en su transporte hasta la refinería, principalmente por rupturas del oleoducto, perforación de los tanques de almacenamiento o accidentes en el transporte.

En el área petrolera de Ecuador, fronteriza con el Perú, se ha registrado derrames de 17 millones de galones de petróleo que han contaminado cientos de kilómetros del río Napo a ambos lados de la frontera.

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

En el Ecuador las organizaciones indígenas de ambos países afectadas por las actividades petroleras que han causado graves daños durante mas de 20 años y los derrames que han destruido grandes extensiones de hábitats de la Amazonia, han presentado un juicio, en Estados Unidos, por reparación civil contra la empresa Texaco.

Las prácticas de remediación ambiental ante los derrames no se aplican adecuadamente; las empresas por lo general, sólo tratan de disimular o maquillar el desastre. Se suele tapar el crudo derramado con tierra y hierbas, para pasar la revisión de los inspectores, pero este crudo pronto queda a la intemperie y llega hasta el río con las lluvias.

En algunos casos se utilizan sustancias químicas absorbentes-precipitantes que agravan más de lo que alivian la situación, pues estas sustancias sedimentan el petróleo, por lo que quedan grandes cantidades de crudo en los lechos de los cuerpos de agua. Y a veces las únicas medidas compensatorias a la población han llegado a constituir situaciones caricaturescas como la de regalar baldes para el proveerse del agua de las lluvias, mientras pasa el desastre.

Las indemnizaciones y compensaciones

Para las recientes operaciones petroleras y mineras en el Perú, se estableció una norma referida a la compensación al dueño de la tierra sobre la que ha sido otorgada una concesión.

La ley, que fue reformada a gusto y solicitud del gremio de minería y petróleo, presentan dos posibilidades: el propietario acepta los términos de un acuerdo con la empresa, o se aplica el derecho de servidumbre y, si amerita el caso, los petroleros o mineros pueden solicitar la expropiación de la tierra.

El pago compensatorio por el uso de la tierra es el llamado derecho de servidumbre, este pago resulta de la aplicación de un arancel al total de las tierras a afectarse. También se incluye el pago por el eventual perjuicio, lo que en total sumando los dos pagos, resulta en una compensación ínfima, y no es efectiva-

Lily La Torre López

mente una compensación por los bienes y servicios que dejan de producirse en el predio agrícola.

Esta misma norma para predios agrícolas es aplicada a los territorios indígenas afectados. Pero en este caso, las empresas se han apurado en señalar que responderán por los daños que se ocasionan por el uso de la tierra, las chacras y otros bienes que tengan valor económico.

Pero cuál es el criterio que debe usar el Consejo Nacional de Tasaciones para asignar valor de cada bien en los territorios indígenas. Otra vez aquí hay un conflicto. ¿Será el que le asignan los indígenas según el valor de uso que para ellos tenga un bien? ¿O el del mercado? Si es así, ¿cómo se valora la pérdida de recursos alimenticios, terapéuticos, o los empleados para la construcción o la elaboración de instrumentos de producción, y los recursos que proveen los medios para la recreación, el arte y la vida espiritual que usualmente no tienen valor en el mercado?

La compensación financiera como medida de mitigación por la pérdida directa de estos recursos calificados como recursos económicos, no resuelve los problemas y sólo plantea de una forma indirecta y sutil la resignación ante el obligado cambio de vida de la población hacia un régimen de mercado.

Otras formas de compensación que las nuevas políticas corporativas están considerando, es la creación de un fondo para conducir un proceso de desarrollo local, proveniente de los beneficios económicos que corresponderían a la aportación durante las actividades de producción.

En el Perú Shell en Camisea lo ha bautizado como el “Programa de Capital Social” que incluye programas de infraestructura escolar, postas sanitarias, agua potable, promoción agrícola, de la mujer, entre otras opciones, promoviendo el incremento notable de la presencia de entidades privadas sin antecedentes de trabajo en la zona, como actores que definen el desarrollo de la localidad y que podrían generar un mayor impacto social negativo a la población originaria.

Explotación de hidrocarburos y conflictos socioambientales

Los objetivos declarados por Shell para el “Capital Social” (aumentar la productividad, promover oportunidades de trabajo y brindar capacitación para esos fines) están enfocados hacia economías ajena que, en muchos casos, no son las que están vigentes en el ámbito regional. Un indígena productor para el mercado o trabajador dependiente es presentado como una visión de progreso, integración y desarrollo, sin haberse consultado. El aumento de productividad, sin considerar la pre-existencia de un mercado estable y un posicionamiento en él. Un entrenamiento laboral de cara a las actividades petroleras, que constituirá una frustración en el mediano plazo, por la imposibilidad real de obtener un empleo.

Se trata de una versión que da por hecho un cambio social irreversible en el pueblo indígena, presupuestos que no parten de un diálogo serio y respetuoso sobre las aspiraciones de estos pueblos. Las organizaciones indígenas insisten, que de lo que se trata es de generar las condiciones adecuadas para que el pueblo indígena mantenga el control sobre sus procesos económicos desde sus propias perspectivas y empiece a generar respuestas nuevas y más eficaces para atender los problemas económicos y el autodesarrollo.

Ellos entienden que esto pasa, cuando sus pueblos alcancen algún grado de autodeterminación que les permita controlar sus territorios, sus decisiones, sus recursos, su cultura y sus innovaciones, fijar las reglas del juego, definir y aplicar el propio derecho. Sólo entonces se podrá esperar los aportes de un verdadero autodesarrollo indígena.

Sin embargo los gobiernos de nuestra América continúan compitiendo entre sí para presentar el camino más libre y atractivo a tan importantes inversionistas como son las transnacionales petroleras, sin muchas consideraciones a los indígenas, y el valioso patrimonio de sus culturas, y el manejo de su gran biodiversidad asociada.

Creemos que va siendo hora de sentarse a pensar conjuntamente en el futuro. Y el futuro envía mensajes que hablan de potencialidades culturales y de diversidad biológica. Y el futuro es hijo de todos nosotros.

Lily La Torre López

12

LOS MOVIMIENTOS SOCIALES Y LA CONSTRUCCIÓN DE LOS NUEVOS DERECHOS AMBIENTALES Y CULTURALES EN EL PROCESO DE GLOBALIZACIÓN

Pedro Ivo Batista *

El papel de los movimientos sociales en la lucha por la defensa del medio ambiente en Brasil

La lucha por la defensa del medio ambiente en Brasil se está construyendo con la participación de los movimientos sociales. Esta participación se inició especialmente a partir de la acción de Chico Mendes y los Pueblos de la Selva de Acre quienes, al defender la Amazonia, se dieron cuenta de la importancia que tiene para el mantenimiento de sus actividades productivas la conservación de la biodiversidad, la existencia de las culturas tradicionales y el respeto de los derechos indígenas. El movimiento sindical y popular de la selva de Acre entendió que para defender sus derechos, el trabajo y la vida humana, era importante luchar por la conservación de la selva y por la búsqueda de una convivencia más armónica con las culturas tradicionales de la Amazonia.

La lucha ambiental en Brasil está marcada profundamente por la lucha social, por el enfrentamiento entre los trabajadores y las

* Comisión Nacional del Medio Ambiente de la Central Única de Trabajadores, Brasil

Pedro Ivo Batista

élites dominantes. Varios líderes de esos movimientos, como Chico Mendes y Paulo Vinha (ambientalista que actuaba en defensa del Bosque del Atlántico, en Espíritu Santo), fueron asesinados por el poder dominante.

Por efecto de la articulación entre medio ambiente y la defensa del trabajo, la Central Única de Trabajadores (CUT) incluye en sus reivindicaciones y en su programa de acción, la cuestión ambiental. En 1992 se forma la Comisión Nacional de Medio Ambiente que tiene la responsabilidad de elaborar las políticas de la central en el área ambiental y articular a los sindicatos afiliados con esas políticas.

Por otro lado, la actuación de las organizaciones no gubernamentales (ONG) ambientalistas en Brasil, también recibe la profunda influencia de la relación entre los movimientos sociales y la ecología, lo que lleva a varias de ellas a desarrollar proyectos comunes con los sindicatos y otros movimientos populares. Como fruto de esa relación surge, en 1992, el Foro Brasileño de Organizaciones no Gubernamentales y Movimientos Sociales para el Medio Ambiente y el Desarrollo, red que reúne a las principales ONG ambientalistas y a las organizaciones de movimientos populares como la CUT y el Movimiento de los Sin Tierra (MST).

Otra influencia positiva en la construcción de la acción ecológica de los movimientos sociales fue la realización y las resoluciones de ECO/92 como avance del movimiento ecológico en Europa y en el mundo, que acabó por colocarlo como tema importante de las preocupaciones mundiales.

A pesar de que el tema ambiental ya es parte de las actividades de varias organizaciones del movimiento popular, es importante resaltar que las acciones concretas de esos movimientos están superadas por la realidad. Los graves problemas socio ambientales que afectan a Brasil requieren de una acción mucho mayor. Es fundamental fortalecer la alianza de los movimientos populares con el movimiento ambientalista, elaborar una estrategia común a largo plazo y colocar en la práctica diaria la defensa del medio ambiente y la sustentabilidad.

Los trabajadores rurales y el movimiento de “los sin tierra” en el contexto de las luchas ambientales

El desarrollo económico y social de Brasil ha causado una profunda exclusión social y la degradación ambiental. Ese desarrollo, además de incorporar la lógica insustentable de la sociedad técnico industrial, mantiene una estructura agraria arcaica basada en la concentración de la tierra en manos de latifundistas.

En función de esa realidad la acción de los trabajadores rurales y de los sin tierra por la Reforma Agraria se transformó en una de las principales luchas sociales del país. La concentración de la renta en el campo, el monocultivo agrícola y las relaciones de trabajo inhumanas, entre otros graves problemas que existen en el medio rural, necesitan ser abolidos para construir otro tipo de desarrollo que permita generar empleos, repartir las tierras y, a través de la agricultura familiar, iniciar un proceso de ecologización de la agricultura brasileña; sólo así será posible revertir el cuadro de deforestación y destrucción de varios de nuestros biomas.

Las experiencias de varios asentamientos y pequeñas propiedades rurales que invierten en la agricultura ecológica son realidades concretas vividas por miles de trabajadores en el interior de Brasil. Para exemplificar esas acciones, cito la producción de semillas ecológicas en los asentamientos de MST en Rio Grande do Sul y el Proyecto Género, Producción y Naturaleza, realizado por el Instituto Terrazul, El Sindicato de Trabajadores Rurales de Marco y la Fundación CEPEMA, con el apoyo de la ONG canadiense Alternatives en el interior de Ceará, cuyo objetivo es construir una cooperativa ecológica de productos de acaiú orgánico.

Las actividades de los trabajadores rurales no están reducidas a las acciones locales por más importantes que éstas sean. También ha sido importante la presencia del MST en la lucha contra la liberación de transgénicos, tema que involucra a toda la sociedad y la acción de la Confederación de Trabajadores de la Agricultura (CONTAG), contra la tentativa de modificar el Código Forestal Brasileño, lo que amenaza aumentar la deforestación de la Amazonia.

Pedro Ivo Batista

Movimientos sociales y globalización

La actual globalización es una verdadera mundialización de los mercados. En ese fortalecimiento del mercado como instrumento de “desarrollo” mundial, observamos el reforzamiento del modelo de la sociedad de consumo y patronizadora, en la que no existe espacio para la diversidad, ya sea social, cultural o biológica.

La globalización de los mercados choca de frente con la defensa del medio ambiente en la medida en que mercantiliza aún más la relación de los hombres con la naturaleza, exponiendo el planeta a la ganancia y al lucro de las empresas transnacionales. En el mundo globalizado el poder se concentra cada vez más en las manos de estas empresas y de las grandes potencias, principalmente en las del llamado grupo de los siete, países que quieren imponer su patrón de producción y consumo al planeta.

Los movimientos sociales y la sociedad civil empiezan a contraponerse a ese tipo de globalización. Las derrotas del llamado proyecto neoliberal en todo el mundo y los recientes acontecimientos de Seattle demuestran que es posible oponerse a los propósitos del gran capital. Sin embargo, nuestro camino debe ser otro. Debemos luchar por una acción planetaria, aumentar los lazos de solidaridad y promover una verdadera globalización, en donde los derechos los derechos de los trabajadores y la defensa del planeta sean el centro de una nueva propuesta de liberación.

Son varios los factores que nos imponen la necesidad de una acción planetaria: el avance de la internacionalización del capital y la proletarización de los trabajadores, la mundialización de los medios de comunicación, las nuevas tecnologías, la revolución por la que pasan la ciencia y el conocimiento, los efectos mundiales de la crisis ambiental global. Ha llegado el momento de hacer nuestra la máxima “trabajadores del mundo unidos”, que tanto animó y anima a los movimientos sociales, con la nueva perspectiva defendida por Leonardo Boff “todos somos hijos de la tierra, hermanos planetarios y cosmológicos de todos los seres vivientes.”

Movimientos sociales y construcción de los nuevos derechos

Esa acción planetaria, al contrario de la globalización, debe valorizar la democracia, la diversidad y la vida. El mundo debe ser aceptado como varios mundos, donde las diversas culturas puedan convivir. Donde la vida humana y la biodiversidad puedan coexistir, donde la exclusión social, el desempleo, el hambre, la opresión y la discriminación de cualquier tipo no existan más, donde una acción de solidaridad internacional pueda convivir con un poder local que valorice el autogobierno de los trabajadores y de las comunidades.

Las luchas de los movimientos sociales, sean de la CUT, el MST o los zapatistas en México, las recientes y graves manifestaciones contra el desempleo en Europa y los Estados Unidos, la acción de los movimientos ecológicos, entre otros, chocan objetivamente contra los intereses del imperialismo y de las empresas transnacionales y son semillas fértils para un internacionalismo nuevo y fuerte y una nueva ola de movilización mundial que pue-de poner en jaque a los intereses del gran capital.

Los desafíos de los movimientos sociales en la lucha por la sociedad sustentable

Los movimientos sociales son los actores decisivos para la construcción de los nuevos derechos ambientales y culturales en este nuevo siglo que se avecina. El primer gran reto es que los movimientos sociales deben insertarse de forma estratégica en la lucha por la construcción de un nuevo modelo de desarrollo que sea sustentable económica, social y ecológicamente.

Los movimientos sociales deben tomar cada vez más conciencia de que los efectos de la crisis ambiental global afectan principalmente a las clases trabajadoras que viven en los suburbios, en lugares insalubres y que trabajan en fábricas y otros locales, alcanzados por los efectos de las malas condiciones de vida y de trabajo.

Para que los sindicatos y las organizaciones populares asuman la lucha ambiental como un valor estratégico, deben desarrollar en lo cotidiano acciones en defensa del medio ambiente y

Pedro Ivo Batista

en busca de un nuevo tipo de desarrollo. Las cuestiones ambientales deben ser parte del programa político y de la agenda de acción de esas organizaciones. Otro aspecto es desarrollar programas permanentes de formación sobre temas ambientales, capacitando a dirigentes y trabajadores para una acción ecológica consecuente. Para garantizar esa acción más amplia es necesario que los movimientos sociales rompan con la tendencia meramente economicista y se coloquen en una perspectiva más amplia, en alianza con otros movimientos. Cabe, por tanto, una acción conjunta de los sin tierra, los sin techo, ONG ambientalistas, movimientos indígenas y otras organizaciones de la sociedad civil que se oponen al modelo actual.

Otra postura importante es defender la vida en su más amplia dimensión. En ese sentido es necesario valorar a todos los seres vivos y entender mejor la relación del hombre con la naturaleza. La lucha a favor de la biodiversidad del planeta es de profunda actualidad, pues no puede haber un desarrollo sustentable consecuente sin la garantía de las especies, por tanto la defensa de los bosques adquiere un significado decisivo para la humanidad.

Esa nueva postura política coloca a los movimientos populares en el frente de la línea de lucha por una sociedad sustentable. Por eso debemos rechazar los valores consumistas, tecno industriales de las sociedades “modernas” que, centradas en las tesis del crecimiento y los recursos naturales ilimitados, han impuesto un modelo de sociedad cuyo resultado principal es el aumento de la exclusión social, del desempleo y de la crisis ambiental.

Cabe también realizar una crítica contundente a las tiranías burocráticas de la ex URSS, del este europeo y de China, que no consiguieron superar el paradigma del crecimiento a cualquier costo y reprodujeron, a su modo, un modelo industrialista de grandes impactos ambientales.

La lucha por una sociedad sustentable, aunque no se realice plenamente en los marcos del capitalismo, exige actitudes concretas y acciones urgentes. Es preciso eliminar la exclusión social, el desempleo y el hambre. Es preciso disminuir los efectos

Movimientos sociales y construcción de los nuevos derechos

de la crisis ambiental; evitar los incendios en la Amazonía y en otros bosques; reducir la contaminación y el agotamiento de la capa de ozono; terminar la carrera armamentista, la bomba atómica, las armas químicas y bacteriológicas y la energía nuclear; luchar contra la privatización de los recursos naturales, etcétera. No hay tiempo que perder, al final, de la resolución de esos problemas dependerá el futuro de la humanidad y del planeta.

Finalmente, la lucha por una sociedad sustentable debe recuperar las ideas emancipatorias del socialismo autogestionario y sumarle los valores del ecologismo. El encuentro de la utopía de una sociedad sin explotados y explotadores, con una idea de conservación de la vida y del planeta, posibilitando una sociedad bella y digna, puede nuevamente apasionar multitudes y potencializar los movimientos sociales para un nuevo papel en el próximo siglo, ahora más crítico, con más experiencia y con mayor capacidad para construir lo nuevo.

Pedro Ivo Batista

13

ENTRE LA VIRTUD Y EL DEBER: LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIOS

José del Val *

Hacia la reconstrucción ética

Con mayor frecuencia cada día, las reflexiones y análisis sobre la situación de nuestro planeta, sus culturas y sociedades señalan la imperiosa necesidad de ubicar como valor fundamental la dignidad humana. Esta reubicación de la ética en el centro del debate social es uno de los pocos indicadores que podría constatar que aún, a pesar de la alarmante recurrencia de hechos y procesos ominosos que envuelven este fin de siglo, la humanidad avanza hacia su progreso moral.

Esta alentadora tendencia a entronizar la ética como núcleo duro del pensamiento y acción contemporáneos cuestiona el lugar preponderante, y groseramente excluyente, que la política y lo político han tenido entre nosotros, por lo menos durante este siglo.

Cada día es más generalizada la conciencia de que la subordinación casi total de la ética a la política da cuenta en gran medida de la situación de riesgo, mesurable y comprobable, en que se encuentran las culturas, las sociedades y la naturaleza. Esta

* Instituto Indigenista Interamericano

José del Val

nueva álgebra filosófica en pleno desarrollo, supone cambios radicales en la concepción y la pragmática del Estado y sus razones. Norberto Bobbio nos ha sugerido, en este sentido, evitar la composición radical de la ética de las virtudes con la ética de los deberes, identificada ésta con la política, en su excelente “Elogio de la templanza” se inclina notoria y explícitamente hacia la primera.

He escogido empezar mi intervención con estos señalamientos con el objetivo de apuntar el sentido de mis reflexiones. Coincido con Bobbio en la necesidad de la preeminencia de la ética de las virtudes por sobre la ética de los deberes y los derechos.

Es a partir de esta vasta transformación cultural, en pleno desenvolvimiento, que se crean las condiciones que nos permiten escuchar otras voces que, desde los rincones más inhóspitos y apartados, vienen defendiendo terca, insistente y centenariamente una concepción de la naturaleza y del hombre cuyo núcleo fundamental es la dignidad humana.

La ética india y la ética occidental

Aún a pesar de ser parcial y fragmentario el conocimiento que poseemos actualmente sobre las concepciones de la humanidad y del mundo en los pueblos indios, podemos observar con nítida transparencia el lugar central que ocupan las virtudes en su ontología. Podríamos indicar, sin exagerar, que todos estos pueblos poseen un complejo y rico desarrollo de una ética¹ de las virtudes.

Son culturas fundamentadas en la ejemplaridad de las actitudes y comportamientos de los dioses, de los héroes y de los antepasados de los que se desprenden las lecciones que justifican y dan razón a los variados modos de organización social y a las estrategias para garantizar los equilibrios sociales puestos en juego en cada lugar y circunstancia. Son culturas en las cuales las

¹ Ética entendida como el conjunto de principios y reglas morales que regulan el comportamiento y las relaciones humanas.

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

diversas esferas de las relaciones entre los hombres y entre éstos y la naturaleza participan en una comprensión y concepción unificada de carácter holístico.

En tal sentido se explica el papel nodal de los mitos, como la carta maestra de navegación de cada una de sus culturas y da cuenta, así mismo, de su concepción del tiempo, compacta y circular, diferente en mucho a la nuestra fragmentada y lineal.

La misma desviación en los comportamientos esperados por parte de los individuos en las comunidades indígenas está sujeta, en cada cultura, a profundas y matizadas discusiones que toman en cuenta una gran diversidad de factores y cuyas sanciones se fundamentan también en la ejemplaridad. Esta concepción global del fenómeno humano se fundamenta sobre lo que he denominado ética de las virtudes.

Nuestras sociedades -llamémosles convencionalmente occidentales- se constituyen a partir de la fragmentación del fenómeno humano en campos separados y desconectados. Se regulan y piensan a partir de un conjunto de éticas de los deberes y los derechos igualmente desconectados. El Estado y el derecho establecen para cada esfera del fenómeno humano aspectos jurídicos muchas veces contradictorios, que se fundamentan en concepciones también contradictorias sobre la humanidad.

El mismo desarrollo jurídico explosivo de este siglo -cada vez más abigarrado, confuso y complejo- es una muestra terrible de la concepción bizarra sobre la humanidad, que emerge al observar las edificaciones jurídicas contemporáneas.

Son estas diferencias entre las culturas fundamentadas en una ética global de las virtudes y las sociedades que se fundan en éticas fragmentadas de los deberes y los derechos, las que nos permiten comprender las grandes dificultades que existen para armonizar su convivencia.

Las propuestas que actualmente se desarrollan con el fin de que coexistan dichas culturas a partir de la mirada occidental, aislan y simplifican en exceso algunos aspectos de la realidad de las sociedades Indias, construyendo, a manera de espejo, un cam-

José del Val

po que imperfectamente se denomina “usos y costumbres” o más forzadamente derecho indígena.

Éticas mestizas

Si reflexionamos sobre nuestras sociedades vemos que entre nosotros existen antecedentes de fórmulas de amanceamiento entre algo semejante a una ética de las virtudes y una ética de los deberes y los derechos.

Hasta hace muy pocos años, y todavía hoy, una de las características distintivas de las naciones latinoamericanas, señalada por muchos estudiosos, es la insuficiencia en el ejercicio pleno de el estado de derecho. Los grandes espacios no cubiertos por la ética de los deberes y derechos eran ocupados por diversas éticas de las virtudes. Una mezcla entre ética de las virtudes y ética de los deberes y derechos nos ha garantizado un margen de gobernabilidad hoy casi destruido.

Con base en el uso corriente de una particular ética de las virtudes de carácter nacionalista, nuestra situación de subordinación económica y desigualdad estructural era reiteradamente señalada como transitoria. La reiterada apelación ceremonial y festiva a los héroes, sus actos y sus actitudes nos garantizaba, en su ejemplaridad, la esperanza de trastocar el orden, si así convenía a los intereses patrios.

La irrupción neoliberal asumió estratégicamente el desmantelamiento de esas particulares éticas de las virtudes como una de sus operaciones ideológicas básicas. Basta recordar como en México, desde hace algunos años, se intenta disminuir el papel que tradicionalmente jugaron los héroes y sus acciones en el proyecto de construcción de la identidad nacional, a través de los procesos educativos; asimismo, en las ceremonias oficiales han dejado de invocarse sus nombres y se han sustituido por conceptos ambiguos y abstractos como el de unidad nacional o soberanía nacional.

Simultáneamente al proceso de deslavamiento de esa particular ética de la virtud de uso nacional hemos visto como, inversa-

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

mente y a mi juicio, esperando estudios y explicaciones, se manifiesta una voluntad política de los Estados hacia el reconocimiento de una ética de la virtud para uso exclusivo de los pueblos indios.

Los últimos años han sido prolíficos al respecto, hemos leído y escuchado múltiples argumentaciones en torno a la posibilidad de desarrollar la articulación entre lo que se presenta como los “dos derechos”. Se insiste en la viabilidad del funcionamiento de una pluralidad jurídica al interior de un Estado nacional; sin embargo, la pragmática jurídica que hemos visto en años recientes aterriza generalmente en la construcción de corpus legales que se injertan como bloques compactos aislados, finalmente fueros, en las estructuras constitucionales contemporáneas.

En América, sin duda alguna, Colombia y Nicaragua poseen actualmente los desarrollos jurídicos más modernos y completos, un estudio somero de ambas soluciones, ya sea el fuero colombiano o el Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica Nicaragüense, lo exemplifican suficientemente.

Nuestro derecho, fundado en la ética política y expresada en los corpus de deberes y derechos, no ha encontrado un interlocutor cómodo en los modelos de organización social indios, fundados casi exclusivamente en una ética de la virtud o, si se prefiere, en los “usos y costumbres”. Hasta ahora hemos ido construyendo soluciones de compromiso parciales que, en el mejor de los casos, tenemos que reconocer como etapas de un proceso al que mucho le falta para ser aceptable y suficiente.

Sin desestimar un ápice lo logrado con tanto esfuerzo y luchas, debemos reflexionar con seriedad y autocritica si las soluciones encontradas son en sí mismas formas sutiles de negación e imposición, que buscan analogías imposibles y que tienden a desestimar el papel que en los pueblos indios ocupa su cosmovisión holística, sus estructuras culturales y sociales, y la acción y poderes de sus agentes, subordinándolos a un orden extraño y ajeno.

Un dato que apuntaría en ese sentido radica en que para que

José del Val

los pueblos indios ejerzan sus “nuevos derechos”, consagrados en las constituciones americanas, requieren siempre, de manera explícita y formal, de agentes sociales externos e incontrolables por los propios pueblos indígenas. La necesaria “acción de tutela” que establecen los Fueros Colombianos ejemplifica lo afirmado.

En el nivel del derecho internacional tal situación se pone en evidencia con la imposibilidad legal y jurídica de cualquier pueblo indio para presentar a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) una reclamación por violación al Convenio 169 signado por su país, de manera directa. Ambos casos muestran la insuficiencia en las soluciones encontradas hasta este momento.

Ética y responsabilidad

En la última década los profesionales del derecho han adquirido voluntariamente el compromiso de apoyar con sus conocimientos, instrumentos y propuestas el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, lo cual quiero destacar con la más respetuosa y fraternal de las actitudes. A mi juicio, dicha responsabilidad supone, entre otros aspectos, que se debe encontrar y construir las formas legales que eviten las formulaciones que requieran necesariamente de agentes o instancias de intermediación ajenas a los pueblos indios para la defensa de sus derechos.

La irrupción contemporánea de los pueblos indios en el escenario mundial como sujetos políticos de pleno derecho, no debe ser otra vez sometida a nuevas y sutiles formas de intermediación, en este caso por los profesionales del derecho, que sustituyan al indigenismo desarrollado por los antropólogos en la segunda mitad del siglo XX y que, aun a pesar de la bondad y limpieza de sus intenciones, tuvo como resultado el entorpecimiento y freno del desarrollo de los proyectos de liberación autónoma de los pueblos indios.

Debemos ser conscientes que en los actuales, complejos, difíciles y en ocasiones ríspidos espacios de negociación que se da entre esas dos éticas, las soluciones y acuerdos que se encuen-

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

tren, estarán definiendo la posibilidad de sobrevivencia y desarrollo de los Pueblos Indios en las próximas décadas.

Todos queremos soluciones rápidas y satisfactorias a los conflictos; no obstante, todos sabemos que deben estar dadas las condiciones político sociales que posibiliten que encuentren alternativas adecuadas. De lo contrario una negociación y propuesta apresuradas e insuficientes que hipotequen los cambios o hipotéticas ulteriores negociaciones, puede significar la subordinación jurídica definitiva de la ética de las virtudes de los pueblos indios a la ética de los derechos y los deberes occidental.

Una revisión bajo la perspectiva de los mexicanos “desacuerdos de Larráinzar” puede mostrar lo que está en juego en esa negociación y puede señalar, asimismo, la imperiosa necesidad de paciencia, cautela y templanza en los tiempos y condiciones necesarios para llegar a algún acuerdo satisfactorio.

Ética y globalización

El escenario económico, social y cultural contemporáneo presenta características singulares e inéditas. En una década el mundo es otro o por lo menos parece otro. Múltiples y diversos procesos en las esferas económica, política, social y cultural se desenvuelven por todo el globo a velocidades sorprendentes, rotos o arrumbados los paradigmas totalizadores proliferan nuevas estrategias de investigación y reflexión que sin apelar a marcos generales tratan de dar cuenta de los procesos en marcha.

Paradójicamente, hoy, cuando el planeta tiende ha convertirse en un espacio económico, político y social relativamente unificado, desconfiamos de las teorías que intentan dar cuenta de los procesos globales, no sólo estamos ayunos de grandes teorías, sino que el arsenal conceptual y categorial creado bajo sus marcos epistemológicos ha sido declarado por algunos, con demasiada ligereza, obsoleto.

Debo confesar mi perplejidad frente a este fenómeno que ha puesto a las ciencias sociales en estado de indefensión total. Sin

José del Val

haberse producido una crítica y su consecuente superación metodológica y categorial se ha practicado un especie de legrado conceptual sin precedentes.

El rotundo triunfo del capitalismo imperialista y salvaje, festejado con precisión por la caída del muro de Berlín, ha organizado para iluminar las fiestas del triunfo del mercado una gigantesca pira en la que se consume gran parte de la producción intelectual de las ciencias sociales de los últimos cien años.

Al desaparecer del horizonte humano la utopía de la equidad como proyecto civilizador: ¿cuál sería el nicho de reflexión científica en el que pueda desarrollarse una ética de las virtudes entre nosotros?, ¿quién la proveerá de espacios y recursos si hemos decidido frívola e irresponsablemente prescindir de los Estados orientados hacia el bienestar?

Aceptada la desigualdad como segunda naturaleza humana la tarea de los gobiernos se ha centrado en darle juridicidad y legalizar la desigualdad mediante lo que se ha denominado modernización y reforma del estado y otorgándole legitimidad a los restos del Estado, mediante la instauración de las notoriamente insuficientes democracias electorales.

Toda esta descomunal operación de ingeniería social ha ido acompañada por un aumento considerable de la legalidad jurídica, la denominada globalización económica ha supuesto entre otros aspectos, la creciente preeminencia del derecho internacional por sobre los derechos nacionales.

Este hecho, como señalaba antes, aparece hoy, paradójicamente, como el único asidero de optimismo y confirmación del progreso moral de la humanidad, nadie puede hoy cuestionarlo. No obstante, no se puede dejar de señalar las contradicciones que día a día se manifiestan y agudizan como resultado de los procesos contemporáneos.

La instauración del mercado universal y la preeminencia del capital financiero han tenido como efecto una concentración inusitada de los recursos mundiales, ha producido el incremento cuantitativo y cualitativo de la desigualdad en la mayoría de los

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

países de nuestro Continente. Ante la falta de alternativas y esperanzas, se ha instaurado la inseguridad y se ha generalizado el crimen en todas nuestras sociedades.

Para garantizar la ética de los deberes y los derechos nuestros Estados se ven obligados a convertirse en Estados policiales judicializando la vida cotidiana a límites insospechados. En nuestros países pobres y desiguales esta circunstancia colabora en gran medida al irrefrenable descrédito del sistema de partidos políticos. No es para menos, con la legalidad derivada de los pactos y tratados internacionales recientes el margen de autonomía nacional para enfrentar las profundas desigualdades se ha reducido drásticamente ¿qué pueden ofrecer legalmente los partidos políticos como alternativa a las masas empobrecidas?

El desmantelamiento de los Estados, y el descrédito de los sistemas políticos de partidos ha instaurado un clima social de “sálvese quien pueda”. Es en este contexto que empieza a adquirir fama y fortuna la denominada sociedad civil, en general compuesta de millares de pequeñas organizaciones de ciudadanos relativamente protegidos del naufragio de los estados de bienestar, que no confían en la política y los políticos y que con generosos financiamientos nacionales e internacionales y, haciendo gala de voluntad filantrópica, coadyuvan en el desmantelamiento de las soberanías nacionales y en la generalización del actual estado de derecho.

Establecida democrática y legalmente la desigualdad como destino histórico de las mayorías, nuestras sociedades, abandonan definitivamente la ética de las virtudes y entronizan la ética de los deberes y los derechos.

Es evidente que la falta de alternativas y de respuestas a las mayorías pobres de nuestros países y, tal vez algo peor, la negativa de los Estados Nacionales para asumir los problemas de estas mayorías crecientes está construyendo una burbuja de insatisfacción, frustración y desesperanza, que en pocos años iniciará un ciclo de estallidos violentos e incontrolables de pronóstico reservado.

José del Val

Ética y legislación

Es en este contexto necesariamente global, conflictivo y contradictorio en el que estamos obligados, en primera instancia, a dar explicación y respuestas al ciclo de lucha de los pueblos indios del continente e intentar comprender el significado y alcances de los celebrados nuevos derechos culturales y colectivos.

Ningún análisis en torno a los derechos de los pueblos indígenas, a las propuestas que se están consolidando y al actual ciclo de lucha y reivindicaciones puede ser realizado en el vacío; para saber que avanzamos debemos saber no sólo de dónde venimos sino, tal vez con mayor necesidad, debemos precisar a dónde vamos y cómo llegaremos.

En primera instancia el actual ciclo de lucha de los pueblos indios de América es consecuencia de la situación de desposesión absoluta a la que históricamente han estado condicionados, agudizada por los procesos de globalización y retramiento de los Estados de sus funciones fundamentales. Su demanda primordial y reiterada se centra en exigir sus legítimos derechos a participar equitativamente de los recursos nacionales y, de manera mucho más específica, los irrenunciables derechos que les asisten sobre los recursos ubicados en sus territorios ancestrales.

El conocimiento pleno de la ubicación estructural de los pueblos indios en sus sociedades es el lente con el que debemos escrutar y evaluar las respuestas jurídicas que estamos proporcionando, no bastan las referencias o supuestos avances en abstracto y grandilocuentes declaraciones en torno a los nuevos derechos.

Sinceramente, creo que debemos reconocer que lo logrado hasta ahora: el conjunto de reflexiones, propuestas jurídicas y acomodo de los pueblos indios en las estructuras constitucionales nacionales, lo que denominamos como los nuevos derechos colectivos y culturales, son absolutamente insatisfactorios e insuficientes. Esto lo afirmo porque con frecuencia escucho que se afirma que lo conseguido hasta ahora es suficiente para proporcionar soluciones a las demandas específicas y explícitas de los pueblos

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

indios para garantizar las condiciones jurídicas que les permitan iniciar proyectos que rompan definitivamente con el cerco de pobreza, miseria y desposesión que se los impide.

Me temo que hemos encerrado y convertido ciertos conceptos en el eje de nuestras discusiones y propuestas, en muchos casos al margen de toda consideración y análisis estructural, más como un problema de semántica que como una situación social concreta. Con demasiada frecuencia y en todos los foros se discute de manera bizantina y diletante –y más que discutirse se argumenta y se defiende, sin oposición visible más que de algún oscuro personaje nunca presente– la legitimidad incuestionable del carácter de pueblos que los pueblos indios tienen.

Participo de esa certeza pero con matices. Para la mayoría de los pueblos indios en nuestro continente, ser un pueblo es una legítima aspiración que requiere de múltiples y en variados esfuerzos y tareas que suponen decisiones y transformaciones graves y sustantivas en sus modos de organización y en sus estrategias de apropiación cultural, que necesitan del desarrollo de circunstancias propicias, de climas políticos y culturales adecuados y de, sino lo más importante por lo menos la condición imprescindible, una ingente cantidad de recursos económicos y técnicos.

La reconstrucción de los pueblos, como lo he denominado en otros trabajos, será el resultado de un largo y complejo proceso que les permita superar centúrias de destrucción cultural; fragmentación política, económica y territorial, así como las consecuencias del aislamiento y la insuficiente y centenaria satisfacción de necesidades.

No obstante, las formulaciones jurídicas realmente existentes, tanto internacional como nacionalmente, se concretan en rimbombantes declaraciones, ambigüas y dudosas definiciones poco operativas, que no dan respuesta ni consideran lo señalado, y sin embargo, a muchos parecen satisfacer. Parecería que se considerara que es posible alcanzar la condición de pueblo por sola enumeración.

José del Val

Ejemplar y paradigmática en este sentido, es la redacción del Convenio 169 que reconoce el carácter de pueblos a los pueblos indígenas. Sin embargo, en artículo seguido, en lo que parece no querer asumir las consecuencias de tal afirmación, se precisa que el uso del término pueblo en dicha Convención no tiene ningún valor en el derecho internacional.

Afirmo que es paradigmática tal formulación por la ambigüedad que exhibe e instaura y porque se ha convertido, en la práctica, en el techo jurídico de las otras formulaciones en discusión actualmente, como son el Proyecto de Declaración Internacional de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, así como del Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA y es techo, así mismo, en muchos casos inalcanzable, de la redacción en las constituciones nacionales.

No sólo la denominación de pueblos es sometida a una oscilación jurídica llena de matices y de candados, también lo es el concepto de “derecho indígena”, el de la “educación indígena” y más aún el de los “territorios indígenas”.

La tendencia legislativa vigente parece correr hacia el reconocimiento de la ética de la virtud, disfrazada como una ética de los deberes y derechos para uso exclusivo de los pueblos indios, en espacios físicos y sociales férreamente acotados, sin proporcionarles instrumentos reales de cambio o transformación y siempre supeditados a la buena voluntad que permite la diferente ética de los deberes y los derechos de la sociedad que los envuelve. Y que como hemos visto ha perdido, si la tuvo alguna vez, voluntad de impulsar el desarrollo de los Pueblos indios.

Con sinceridad y responsabilidad yo me pregunto ¿estamos en el camino correcto de un reconocimiento gradual de los derechos de los pueblos indígenas y es ésta una primera etapa?

No podemos olvidar, pues hemos sido testigos en este siglo, cómo logros jurídicos de mayor envergadura y exigencia en el campo de los derechos sociales, producto de la Revolución Mexicana de 1917, han sido desestimados antes de convertirse en realidades tangibles, y hemos visto también cómo nobles propó-

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

sitos de justicia social han sido invalidados mediante artilugios jurídicos que impidieron su puesta en práctica. Estas experiencias deben ser lección entre nosotros.

Ésta es la razón de mi pregunta, pues mi experiencia en los últimos años en la situación de los pueblos indios en varios países americanos me indica que no existe ninguna garantía de que a esta etapa jurídica le siga otra posterior de mayores logros, y no sólo eso, sino que lo conquistado no supone cambios significativos en sus condiciones de vida y desarrollo.

Experiencias recientes como la de Brasil, donde al avanzado proceso de reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, establecido en la Constitución de 1988, se le puso un freno mediante el decreto presidencial 1775-95, que abrió la puerta a empresas y particulares para impedir la entrega de las tierras, e iniciando un ciclo de juicios, en los cuales los pueblos indios se encuentran en absoluta desventaja.

Ni siquiera podríamos garantizar que las formas mediante las que estamos incorporando los derechos indígenas en las constituciones sea la vía adecuada hacia un reconocimiento evolutivo de los derechos de los pueblos indígenas, y peor aún, no sabemos si pueden convertirse en callejones sin salida que por efecto de la ambigüedad que subyace en las formulaciones termine por convertirse en un mecanismo más de destrucción y expropiación de sus culturas y recursos.

Ética y ambigüedad

La ambigüedad señalada en las formulaciones adoptadas internacional y nacionalmente configuran un escenario político económico singular que no debemos postergar ni eludir y que debe ser objeto de nuestra reflexión y de estudios detallados.

Reitero la necesidad de analizar los cambios jurídicos referidos a los pueblos indígenas en el marco de los grandes procesos del mundo contemporáneo. Es del todo sabido ya que el proceso de globalización de los mercados y la correlativa disminución de los márgenes de maniobra y autodeterminación

José del Val

sobre los recursos y producción nacionales de los Estados, resultado de los acuerdos y tratados firmados y en proceso ha eliminado las trabas jurídicas que impedían el acceso ilimitado de las empresas mundiales a el conjunto de los recursos naturales del planeta entero. Es también conocido que debido a las modalidades y características del territorio, la población y el desarrollo económico de los países de América Latina en nuestro continente se ubica una parte importante de las reservas de recursos naturales y de biodiversidad del planeta entero. Asimismo, también se sabe que las regiones más ricas en recursos naturales de América coinciden puntuamente con los territorios donde habitan los 45 mil millones de indios americanos.

Desde hace dos décadas las potencias extractivas hacen planes y proyectos para acceder a esos recursos. Hasta hace menos de dos décadas en la mayoría de las regiones indígenas, atractivas para la extracción de recursos naturales a gran escala, los pueblos indios desarrollaban su vida al margen de estructuras jurídicas específicas que definieran sus derechos de posesión y/o propiedad sobre sus territorios y los recursos contenidos.

Tal indefinición jurídica de los derechos de los pueblos indios se encontraba parcialmente amparada en la elemental norma jurídica que supone “anteriores en tiempos anteriores en derecho” y cualquier intento de penetración derivaba en conflictos sociales, que si bien no resultaban generalmente a favor de los pueblos indios, les permitía conservar la legitimidad de sus derechos conculcados.

Sin embargo, el apetito por los recursos contenidos en sus territorios se convirtió en un acicate para las empresas y los estados nacionales para establecer con mayor precisión los mecanismos de acceso a esos territorios y recursos.

El resultado de la emergencia de los pueblos indios combinado con el interés por los recursos de sus territorios ha dado como resultado la legislación vigente que constituye el corpus contemporáneo de derechos indígenas. Estudiado con detalle este corpus de nuevos derechos -a la luz de los procesos de

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

globalización económica, en el marco de desarrollo capitalista- los resultados pueden no ser demasiado alentadores.

Una revisión somera de la parte dedicada a las tierras y territorios del Convenio 169 de la OIT nos mostraría los riesgos efectivos que las disposiciones jurídicas contenidas suponen para la conservación y utilización propia de los pueblos indios de sus territorios y recursos para la conservación de su medio ambiente. De forma muy semejante a como oscila el reconocimiento de su carácter de pueblos, son ambiguos sus derechos sobre sus territorios.

El artículo 14 de dicha Convención especifica que “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y a continuación se asienta su derecho a las tierras sin estar exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que tradicionalmente han accedido.

El artículo 15, si bien vuelve a afirmar los derechos que los pueblos tienen a los recursos naturales existentes en sus tierras, estipula como el núcleo de este derecho el “participar en la utilización, administración y conservación de estos recursos”.

Salta a la vista inmediatamente que de la supuesta propiedad y posesión sobre los recursos, los derechos se deslizan imperceptiblemente hacia el concepto de “participación”. Lo que evidentemente supone amplias limitaciones a su supuesta propiedad o posesión, y más, señala la existencia de otros actores sociales no mencionados hasta ahora que no obstante ya se sugieren en el texto y presumiblemente tienen derecho a participar también sobre esos recursos.

Inmediatamente se avanza al afirmar que en caso de que los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado los gobiernos están obligados a “consultar a los pueblos interesados” a fin de determinar si los intereses de los pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección y explotación de recursos.

A continuación vemos profundizarse esta peculiar estrategia

José del Val

legal cuando en el mismo parágrafo el texto afirma: "los Pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades".

Si vemos la sintaxis jurídica encadenada en la formulación sobre los derechos de propiedad de los pueblos indios sobre sus territorios y los recursos que contienen nos aparece el siguiente esquema: inician siendo los legítimos propietarios y poseedores de sus territorios y sus recursos, inmediatamente se les reduce a participar de los beneficios sobre ellos. Sin pausa, sus derechos se reducen aún más, el derecho a ser consultados si se les perjudica, y se culmina la reducción con el derecho a ser indemnizados.

El artículo de Arturo Argueta se dedica a definir qué hacer en caso de ser reubicados por razones de Estado, que se sintetiza, para no ampliarlo demasiado, en ser indemnizados. Propiedad, participación, consulta, e indemnización, más que constituir un catálogo de nuevos derechos para los pueblos indígenas parece ser el guión minimalista de una estrategia de despojo fríamente calculada, legalmente realizada y democráticamente pactada.

Lo grave de esta circunstancia es que mientras no se hubiera legislado sobre los derechos de los pueblos indígenas, éstos mantenían sus derechos históricos a salvo, y aun a pesar de los robos de los que han sido históricamente objeto, sus derechos permanecían inalterados. Con estas nuevas legislaciones esos derechos históricos desaparecen y se consolida jurídicamente el despojo del que han sido tradicionalmente víctimas y más aún, se legisla para continuar. Lo sorprendente del caso es que el artículo 169 de la OIT es, como afirmaba más arriba, el techo jurídico debajo del cual se debaten las restantes legislaciones internacionales y se adecuan las constituciones nacionales.

Frente a la ética de las virtudes de los pueblos indios emerge hoy poderosa, imparable, universalmente festejada y sancionada una ética de los deberes y los derechos, que vista con detalle habría que denominar la ética *del mercado*.

Entre la virtud y el deber: los derechos de los pueblos indios

Es entonces que la generalización del derecho internacional a través de la universalización de los derechos, como señal inequívoca del progreso moral de la humanidad, debe ser revisada y estudiada cautelosamente antes de que podamos establecer veredictos definitivos.

José del Val

14

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: SU NATURALEZA COLECTIVA

María Magdalena Gómez Rivera *

Hacia el reconocimiento del derecho indígena

Hoy en día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una cada vez más creciente alianza con otros sectores de la sociedad; algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzar la ratificación del convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias.

En este inventario destaca el esfuerzo por alcanzar un nuevo instrumento jurídico en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas que con el carácter de una Declaración se constituya en el gran paraguas doctrinario y jurídico para sustentar su respeto y aplicación. Este proyecto resultó del esfuerzo de 12 años de reuniones del grupo de trabajo que creó la ONU en 1982 y contiene en efecto las reivindicaciones de los pueblos indígenas. En 45 artículos expresa una concepción filosófica y jurídica cuya columna vertebral es el reconocimiento del carácter de pueblos, sin limitaciones¹ su derecho a la libre determinación (art.

* Dirección General de Equidad y Desarrollo, Gobierno de la Ciudad de México

¹Del tipo de las contenidas al concepto en el convenio 169 que señala “la utilización del término pueblos no deberá entenderse en el sentido que se otorga a ese término en el derecho internacional”.

María Magdalena Gómez Rivera

3o) y como expresión de ésta a la autonomía o el autogobierno

en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, en particular la cultura, la religión, la educación, la información, los medios de comunicación, la salud, la vivienda, el empleo, el bienestar social, las actividades económicas, la gestión de tierras y recursos, el medio ambiente y el ingreso de personas que no son miembros, así como los medios de financiar estas funciones autónomas (art. 31).

El articulado gira en torno a cada uno de estos elementos.

En 1989 se aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Dentro de las posibilidades que ofrece este Convenio encontramos que su ratificación produce efectos jurídicos inmediatos para el orden interno en casi todo el sistema constitucional latinoamericano. Esta implicación en términos del proceso de juridicidad significa un avance porque en este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales. De esta naturaleza es el sujeto de derecho, el pueblo indígena, que se define en atención a su origen histórico y a la persistencia de todas o parte de sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, destacando en este concepto el principio básico de la autoidentificación. Asimismo, establece que el concepto de tierras debe comprender al de territorio entendido como el hábitat.

El 26 de febrero de 1997, la CIDH dio un paso importante al aprobar un Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que había sido acordado desde el 18 de noviembre de 1989 y cuya discusión está en proceso.

En América Latina se han realizado sucesivas reformas constitucionales: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994) y Ecuador (1998). Estos países iniciaron el reconocimiento a derechos originarios ligados a las tierras, como un paso necesario para garantizar la reproducción física y cultural en un concepto más amplio que el de tenencia de la tierra, estableciendo, en el caso de Brasil, el acceso al uso y disfrute de recursos naturales tratándose de ríos y lagos, seña-

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

lando que en el caso de recursos energéticos o minerales, su exploración o explotación en tierras indígenas requieren la aprobación del Congreso de la Unión el cual escuchará a los pueblos afectados. Tanto Colombia como Bolivia y Ecuador incorporaron de manera directa los conceptos de pueblo indígena, territorio y formas especiales de jurisdicción, abriendo en el caso de Colombia el espacio para la representación política indígena en el Senado. En menor rango y profundidad se ubican las reformas de Costa Rica (1977), México (1992), Panamá (1972, revisada en 1983), Perú (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998), y en el caso de Chile se emitió una ley sin reforma constitucional (1993). En ellas se tiende a enfatizar el reconocimiento a la naturaleza pluricultural de sus naciones y a ofrecer garantías para ejercer y fortalecer su identidad. Salvo la de México, todas ellas hacen declaración expresa del carácter inembargable e inalienable de las tierras y territorios.²

En nuestro caso, el Estado Mexicano definió tardíamente, en 1992, la inclusión de los pueblos indígenas en la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos a través de una adición como párrafo primero al artículo cuarto constitucional. Dos años antes ratificó el Convenio 169. Teníamos así técnicamente, un programa jurídico que conforme al art. 133 constitucional “será ley suprema de toda la Unión”.

El proceso para reglamentar el párrafo primero del artículo cuarto no obtuvo resultados, entre otras razones por la insuficiente voluntad política de los poderes Ejecutivo y Legislativo y por el cuestionamiento a su proceso de consulta y a su contenido mismo, por parte de las organizaciones indígenas con apoyo de algunas fuerzas políticas nacionales.

Actualmente existe consenso en torno a la insuficiencia del marco jurídico constitucional vigente. El texto del párrafo primero del artículo cuarto si bien reconoce el carácter pluricultural de la Nación Mexicana, relega y delega en la “ley” la protección y

² Cfr. Clavero Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional*. México, Siglo XXI, 1994.

María Magdalena Gómez Rivera

promoción del “desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social”, con lo cual le quita fuerza a unos derechos que requerirían reconocimiento directo en la Constitución. Por otra parte, el enunciado de derechos omite el derecho a la autonomía, los derechos políticos y los relativos al sistema interno de regulación de conflictos, entre otros. Por todo ello se ha demandado una amplia reforma constitucional.³

La nueva situación para el derecho indígena es producto del levantamiento zapatista del 1º de enero de 1994. Precisamente en el complejo proceso del diálogo en Chiapas, uno de los obstáculos para su avance ha sido el incumplimiento gubernamental a los acuerdos firmados con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, resultado de la mesa de Derecho y Cultura Indígena el 16 de febrero de 1996, conocidos como los Acuerdos de San Andrés y cuya implicación fundamental sería una reforma constitucional que reconocerá a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, con libre determinación y autonomía para decidir en torno a los asuntos centrales para su reconstitución como pueblos.

Derechos colectivos y pueblos indígenas

De la amplia gama de asuntos polémicos en torno al derecho indígena, me interesa abordar su naturaleza colectiva pues constituye a mi juicio la piedra de toque para fundamentar la demanda de su incorporación plena al orden constitucional vigente.

Así, partimos de la idea de que el reconocimiento a los pueblos indígenas implica otorgarles un status de derecho público como entidades políticas con derechos colectivos diferentes a los que están destinados a ejercerse por los individuos, y de naturaleza difusa porque su titularidad no puede ser individualizada. Estos derechos tienen como fuente el principio de legalidad en la medi-

³ “Acuerdo sobre Derecho y Cultura Indígena, Ejército Zapatista de Liberación Nacional y Gobierno Federal”, 16 de febrero de 1996 y memoria sobre la consulta nacional realizada por los Poderes Ejecutivo y legislativo, mayo de 1996.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

da en que son formalizados en el orden jurídico y no entrañan violación al principio de igualdad pues este implica que a cada quien en igualdad de circunstancias reguladas por la ley, se aplique la misma norma. Así el principio de igualdad y el de legalidad pueden muy bien expresar el derecho a la diferencia.

A estas alturas podemos preguntarnos ¿porqué hablar de derechos individuales y distinguirlos así de los derechos colectivos? ¿No bastan los primeros, universales, para incluir a los segundos? Sigamos cuestionando. Existiendo hoy en día consenso sobre los derechos humanos universales ¿se da la misma situación en torno al llamado derecho colectivo, al derecho indígena?

Como sabemos, la concepción clásica de los derechos humanos define como destinatario o destinataria a la persona. Así lo podemos constatar en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y en el de los Derechos Económicos y Sociales. Situación que se refleja de manera similar en la Declaración Americana y en el Pacto de San José. Hay así derechos humanos básicos para toda persona independientemente de su género, raza, lengua, religión. Son derechos universales, derechos iguales. Esta concepción ha sido ampliada del plano de los derechos civiles y políticos a los económicos y sociales, es decir, al del contexto necesario para que se respeten y ejerzan los derechos inherentes a todo ser humano.

Siendo así la situación jurídica respecto a los derechos individuales, abordaremos enseguida la dimensión colectiva. Es decir la que se refiere a aquellos derechos cuyo reconocimiento y ejercicio es necesario para garantizar la existencia misma de los pueblos indígenas. Entre ellos el fundamental se refiere al territorio, entendido éste como el espacio dónde los pueblos ejercen control político y pueden decidir de acuerdo a su cultura. Es decir, existe un reclamo de jurisdicción que hasta ahora los estados nacionales han rechazado, tanto en México como en general en América Latina bajo el argumento de que dicho reclamo atenta contra su integridad y soberanía. Por ello se ha insistido en reducir o en circunscribir este derecho, al derecho al uso de la tierra como

María Magdalena Gómez Rivera

espacio productivo, cuya explotación puede realizarse individual o colectivamente siempre en el marco del derecho privado por antonomasia, el de propiedad. Se puede aceptar la posibilidad de luchar por tener más o menos extensión de tierra, pero no se acepta que un pueblo tenga autoridad, capacidad de decisión.

Es a partir del derecho territorial que un pueblo puede ejercer el derecho a la propia cultura, a la posibilidad de mantener y desarrollar su relación con la naturaleza, sus expresiones artísticas, sus creencias, su historia misma, su versión de la historia. A través de las lenguas se expresa este sistema de conocimientos, valores, mitos y ritos propios. Sin embargo, hemos de anotar que también en este terreno el etnocidio se ha reflejado, numerosas lenguas han desaparecido o están en vías de extinción ante una política que ha impulsado el uso extensivo del español como lengua dominante.⁴

Otro aspecto fundamental de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el relativo al ejercicio de formas propias de organización social y política. Estos pueblos, tienen normatividad propia, formas internas de control social, sistema de cargos, mecanismos y procedimientos que en conjunto les han permitido mantener con mayor o menor fuerza la vida comunitaria.

La falsa disyuntiva entre derechos individuales y derechos colectivos

Suele responderse a la demanda por el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas que la Carta Fundamental contiene un avanzado capítulo sobre garantías fundamentales para todos los individuos, incluidos, por supuesto, los indígenas. Por lo tanto, pedir reconocimiento de derechos diferentes es cuestionar el principio de universalidad, es crear inaceptables regímenes de excepción, derechos especiales, establecer discriminación positiva y, en última instancia, vulnerar uno de los pilares del orden

⁴Díaz Gómez Floriberto. "Principios comunitarios y derechos indios". *Méjico Indígena*, núm.25, diciembre de 1988, pp.32-37, y documento elaborado por un grupo de expertos en el IIDH,1992.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

jurídico. Todo ello sería válido si se plantearan derechos para los indígenas en tanto personas. Sin embargo, se está buscando el reconocimiento constitucional a una realidad social que permanece a contrapelo de la pretensión de homogeneidad y de igualdad. Los pueblos indígenas persisten, han practicado y practican formas de organización social y política, y cuentan con culturas diferentes que por lo demás están en nuestras raíces como Nación. Ninguna de las llamadas garantías individuales permite la adaptación a estos derechos colectivos, a estos derechos de pueblo, a este nuevo sujeto jurídico.

Según la doctrina clásica a cada derecho individual corresponde una acción individual y el titular del derecho es el titular de la acción, en este caso se trata de derechos cuya titularidad es difusa, porque no puede ser individualizada. Por ejemplo, todos los integrantes de un pueblo son sujetos del mismo derecho; todos tienen su disponibilidad y, al mismo tiempo, no pueden contrariarlo porque violarían los derechos de todos los otros miembros del pueblo. Por ello, su violación o desconocimiento acaba por condicionar el ejercicio de los derechos individuales tradicionales. por ejemplo, por ejemplo, cuando se impide a los pueblos indígenas el acceso a sus lugares sagrados, se viola el derecho colectivo del pueblo y el de libertad de creencias de los individuos que lo integran.

Se ha dicho que al plantear la diferencia como la reina de los valores indígenas ya nada se puede debatir. Diríamos lo mismo del planteamiento de la igualdad, la homogeneidad y la exclusividad de los derechos individuales. Por ello consideramos que es una falsa disyuntiva la de polarizar unos derechos sobre los otros. Para los Pueblos Indígenas el reconocimiento a sus derechos colectivos es la mejor forma de garantizar el ejercicio de sus derechos individuales, los que también consideran irrenunciables y de los que han sido privados históricamente.

Se ha convertido en dogma e incluso en lugar común el señalamiento de que los derechos colectivos nunca estarán por encima de los individuales; esta limitación establece la prevalencia del derecho individual sobre el colectivo, lo que en la práctica

María Magdalena Gómez Rivera

puede traducirse en otorgar el derecho de veto a cualquier miembro de la comunidad. Esto no significa que se postule la supresión de los derechos individuales, simplemente se apela a que los casos de atropello deberían juzgarse jurisdiccionalmente y a evitar la generalización y descalificación de toda una cultura a partir de este tipo de hechos que también se presentan en el mundo no indígena.⁵

Es importante aclarar que los pueblos indígenas no son los únicos grupos sociales cuyos derechos tienen naturaleza difusa. Dentro de una nueva generación de derechos como el derecho a la paz, al medio ambiente sano o el relativo a los consumidores encontramos que se trata de regular la protección de derechos de naturaleza difusa que atañen a colectividades pero cuyo ejercicio tiene implicaciones distintas a las de los pueblos.

La diferencia entre los derechos de estas colectividades y los derechos colectivos de los pueblos indígenas se muestra cuando observamos que en el primer caso, si bien sus titulares genéricos tienen un interés común, la titularidad concreta se actualiza cuando inician acciones para exigir su cumplimiento y los resultados de dicha acción se aplican a quienes la impulsaron y no al total de los integrantes de dichas colectividades abstractas.

En el caso de los pueblos indígenas, en tanto titulares de los derechos colectivos, cuando ejercitan una acción ya sea interna o frente al estado para ejercer un derecho propio o exigir su respeto. Los efectos de su acción impactan al conjunto de sus integrantes, independientemente de su relación con los hechos concretos que motivaron la acción.

Si bien, un grupo de personas puede reunirse circunstancialmente para demandar el respeto a un derecho difuso y su “asociación” termina en el momento en que concluye el proceso iniciado independientemente de sus resultados, los integrantes de un pueblo indígena tienen una relación histórica, permanente y continua al compartir una cultura común que no se agota en el

⁵ Fernando Escalante. “Larraínzar: un acuerdo políticamente correcto”, *Vuelta*, núm. 232, marzo de 1996 y “¿Usos y costumbres?” del mismo autor, *Vuelta* 233, abril de 1996.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

momento en que ejercen acciones para ejercer o exigir sus derechos.

Así, tenemos que un grupo de ciudadanos puede agruparse para demandar a una empresa que está contaminando el agua de un río y lo hace en virtud de que se está afectando un derecho de carácter difuso como es el del derecho a un medio ambiente sano cuya violación se actualiza ante los hechos concretos sin que necesariamente tengan ellos su vivienda o un interés o derecho privado particularmente afectado. Cuando concluye dicha acción, independientemente del éxito o fracaso de la acción, el grupo de ciudadanos rompe con su asociación jurídica temporal. En cambio, si un pueblo indígena demanda a la misma empresa por la contaminación de un río que cruza su territorio y afecta su hábitat, los efectos de la resolución que se obtenga involucran a todos los integrantes del pueblo independientemente de que no todos ellos tengan su vivienda en la orilla del río y consuman agua de ese río. El pueblo indígena a través de sus autoridades legítimas se constituye en el titular de unos derechos que no pueden ser individualizados y afectan sin embargo a todos los integrantes del mismo en tanto se garantice o vulnere el derecho de cada uno a mantener una cultura propia y diversa.

Territorios y recursos naturales

Uno de los derechos colectivos inherentes a la vida de los pueblos indígenas es el relativo al territorio y el acceso al uso y disfrute de recursos naturales. El territorio es un concepto clave en la delimitación y reconocimiento sobre los derechos de estos pueblos. Se refiere al espacio geográfico que se encuentra bajo la influencia histórico-cultural y el control político de un pueblo, lo que permite tomar decisiones sobre el conjunto de los recursos naturales para definir como se usan y como se dispone de ellos. Ya hemos señalado que estos pueblos cuentan con conocimientos ancestrales y que el territorio está asociado a su vida ritual, creencias y lugares sagrados; incluso su organización social se relaciona con la ocupación y distribución adecuada de los recursos naturales. Es importante aclarar que la territorialidad no es

María Magdalena Gómez Rivera

un derecho meramente simbólico o espiritual, sino que es ante todo un derecho material.

Este concepto está definido en el parágrafo 2 del artículo 13 del convenio 169 al señalar que la utilización del término “tierras” 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 manera. La propiedad y posesión se refiere por tanto a las tierras y no al territorio, ocupación y utilización son sinónimos de uso y disfrute.

Siendo este el significado del territorio para la preservación y desarrollo de los pueblos indígenas, resulta clara su distinción con la mera tenencia de la tierra. Por ello, corresponde hacer un recuento de la situación jurídica actual en esta materia. Como sabemos el 6 de enero de 1992 culminó el proceso de reforma al artículo 27 constitucional el cual entre otros planteamientos sentó las bases para que las tierras entren al mercado y se rijan por la ley de la oferta y la demanda. Entrar al mercado y al mundo del derecho civil y mercantil significa que los titulares de la tierra pueden rentar, vender o asociarse entre otras facultades.

No es el momento de abundar en detalle en el contenido de tal reforma que declara también el fin del reparto agrario, prohíbe el latifundio, establece la posibilidad de juicio agrario y crea la procuraduría agraria. Asimismo reconoce personalidad jurídica al ejido y otorga a su asamblea la facultad de autorizar la parcelación individual de la tierra a cada ejidatario si así lo decide. En este contexto se suprime lógicamente el carácter inembargable, inalienable e imprescriptible de las tierras ejidales de uso común y parceladas, dejándose ese carácter para las destinadas al asentamiento humano.

Las tierras comunales según la nueva ley agraria continúan siendo inembargables, inalienables e imprescriptibles pero establece la posibilidad de que la asamblea comunal decida aportar parte de sus tierras a una sociedad mercantil. Además, prescribe la facultad de solicitar el cambio de régimen de propiedad ejidal a comunal, situación que no se permitía en la legislación anterior.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

A nivel constitucional en la fr. VII del nuevo artículo 27 se indica que “la ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas” y la ley agraria declaró en su artículo 106 del capítulo sobre la comunidad que “las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o y el segundo párrafo de la fr. VII del artículo 27 constitucional”.

Si recordamos que no existe reglamentación al contenido del párrafo primero del artículo cuarto constitucional, veremos que en la práctica hay un vacío de “protección a las tierras de los grupos indígenas”. Habría que analizar si jurídicamente es válido que una ley secundaria como la agraria, que debería reglamentar todo el artículo 27, decida delegar o transferir uno de sus mandatos a otra ley que aún no existe. Parece necesario derogar el mencionado artículo 106 y regular la protección de las tierras de los pueblos indígenas en el capítulo de comunidades de la ley agraria.

Esta situación jurídica constitucional y legal resulta de por sí complicada pues desaparece la concepción de la propiedad social de la tierra y queda en apariencia el reducto de la comunidad. Sin embargo, aquí debemos recurrir a los hechos para valorar tal posibilidad. En las últimas décadas una queja constante de las comunidades indígenas fue la creación arbitraria de ejidos, donde antes existían comunidades, incluso sobreponiendo unos límites sobre otros. Existía la prohibición de pasar de ejido a comunidad y la facultad de transformar en ejidos a las comunidades. Al parecer la proporción de las tierras en poder de los pueblos indígenas que tienen el régimen de propiedad comunal es mínima, por lo que tendrían que estar en condiciones propicias de organización y, sobre todo, estar debidamente informados sobre el nuevo marco jurídico de la tenencia de la tierra, para adoptar la decisión de cambiar de ejido a comunidad. Si estamos hablando de que sigue pendiente “la protección de las tierras de los grupos indígenas”, para utilizar la expresión de la Constitución, nos atrevemos a sugerir: una manera de protegerlas podría ser establecer un procedimiento muy ágil y flexible para que los ejidos constituidos en los últimos 50 años sobre tierras comunales re-

María Magdalena Gómez Rivera

gresen, si así lo deciden, a la propiedad comunal. A quienes sustentan la plena libertad para el mercado de tierras habría que indicarles que las condiciones de miseria y necesidad que viven las comunidades y el marco de división interna que existe en muchas de ellas, propicia la tentación de la venta para resolver problemas inmediatos y urgentes. En una reunión con los yaquis expresaban esta opinió :

Está muy bien que rentemos si queremos, que prestemos la tierra si queremos, que nos asociemos, pero por favor quítennos esa libertad de vender, quítenla porque tenemos mucha necesidad de dinero y si vendemos nos vamos a destruir, se va a destruir la comunidad sin tierra no hay comunidad.⁶

Bastaría con ser sensibles a este reclamo y hacer congruente el espíritu del capítulo de tierras del convenio 169, que recomienda a los Estados miembros que las medidas que tomen en esta materia consideren el papel que guarda la tierra en la cosmovisión y existencia misma de los pueblos indígenas. No hay otra manera de proteger la tierra de los pueblos indígenas que establecer un estado de excepción a la propuesta contenida en el nuevo artículo 27 constitucional, artículo que mantiene el procedimiento de restitución y que no se reglamentó en la ley agraria. En este caso se puede retomar ese procedimiento para establecer plazos y mecanismos para resolver demandas de restitución que llevan décadas.

Éste es, en términos generales el marco jurídico vigente para el derecho indígena. Hasta ahora encontramos pocos avances en cuanto a su ejercicio, incluyendo el convenio 169 de la OIT.

En el debate sobre la reforma constitucional que derivaría de los Acuerdos de San Andrés y en el contexto de su incumplimiento, el Ejecutivo Federal culminó su proceso de objeciones a la propuesta que elaboró la COCOPA (Comisión legislativa para la concordia y la pacificación) y presentó al Senado una iniciativa al margen de la mesa del diálogo, vulnerando con ella

⁶ Reunión de consulta organizada por la Comisión Nacional de Desarrollo Integral y Justicia Social para los Pueblos Indígenas. Navojoa, Sonora, marzo de 1994.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

aspectos sustantivos de lo que se había firmado y del convenio 169 de la OIT.

En la fr. V de la reforma que se propone al artículo cuarto se especifica que el acceso de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales no implica a aquellos cuyo dominio directo corresponda a la Nación, lo que es coincidente con el convenio 169, los Acuerdos de San Andrés y la propuesta elaborada por la COCOPA. Sin embargo, se introduce una expresión condicionante en el sentido de que dicho acceso se hará “de acuerdo con las formas y modalidades de propiedad previstas en el artículo 27 de la Constitución”.

Con esta condicionante se consolidó la política del Ejecutivo Federal de suplantar el trabajo de la Suprema Corte de Justicia a quién le correspondería dirimir probables o futuros conflictos concretos entre el artículo cuarto y el veintisiete constitucionales. Así, se afirmó en la iniciativa que “los pueblos indígenas no podrán tener acceso exclusivamente colectivo al disfrute de sus tierras como prevé la iniciativa de la COCOPA (sic, es propuesta) sino también en las otras modalidades que establece el artículo 27 constitucional que incluye la propiedad privada”.⁷

Quedó postulado así que en materia de recursos naturales se establece la preeminencia de un artículo constitucional sobre otro, el 27 sobre el 4º al señalar que:

⁷ Exposición de motivos de la Iniciativa presidencial enviada al Senado de la República el 15 de marzo de 1998.

Veamos los ejemplos:

-A) Art.5º. “Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123, relativas a duración de la jornada diurna (8 horas) y nocturna (7 horas)”.

-B) Artículo 28. “Las personas encargadas del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de la Constitución”

-C) Artículo 22. Prohibición de penas, mutilación y de infamia “ tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109”.

María Magdalena Gómez Rivera

V. De acuerdo con las formas y modalidades de propiedad previstas en el artículo 27 de esta Constitución, acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio corresponde a la nación.

Es curioso que en el caso de los recursos naturales cuyo acceso se garantiza, no se precisa si son los que están en sus tierras y territorios. Así redactado, los pueblos indígenas de cualquier parte del país lo reclamarían en otro sitio distinto a donde están ubicados.

Los redactores de dicha iniciativa aclaran que entre las formas de propiedad del 27 se incluye la communal pero omiten decir que la mayoría de los pueblos indígenas están ubicados en la forma ejidal.

Si uno revisa la Constitución General puede encontrar que algunos artículos se refieren a otros pero el sentido de la cita o referencia se da para no reiterar normas que ya están en la carta fundamental.⁸

Inclusive existe la tendencia a emitir normas legales como la de 1997 de la ley forestal que bajo el argumento de que la propiedad se regula en la ley agraria no cumplió con el mandato que el actual párrafo primero del artículo cuarto constitucional contiene y que dice “la ley protegerá los recursos” o con el párrafo segundo de la fracción séptima del 27 constitucional que dice “se garantizará la protección de sus tierras y territorios”. Se esgrimió el argumento de que la propiedad se regula en la ley agraria. Las normas constitucionales citadas no se refieren a una ley reglamentaria específica dirigida a indígenas sino la ley como expresión genérica. Con ese mandato y el contenido del convenio 169 bien se pudieron incluir medidas concretas a favor de los pueblos indígenas como por ejemplo, que para la decisión de inversiones forestales, los estudios no se limiten al impacto ambiental y que incluyan el sociocultural, que los pueblos tengan derecho de preferencia y suplencia de las deficiencias técnicas en la presentación de sus proyectos. Es insuficiente la mención de dicha ley en el

⁸ Cfr. Gómez Magdalena. *Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT bajo el título Derechos indígenas*. México, INI, 1995.

El derecho de los pueblos indígenas: su naturaleza colectiva

sentido de “promover la participación de las comunidades y de los pueblos indígenas en el uso, protección, conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos forestales existentes en los territorios que les pertenezcan considerando su conocimiento tradicional de dichas actividades” (art.1o, fr.VIII).

Como vemos existe una fragmentación legal en cuanto a recursos naturales mientras que los pueblos los asumen de manera integral. Así, encontramos la ley agraria por un lado, la minera y forestal, la de aguas y la de equilibrio ecológico por otro.

Perspectivas

He intentado mostrar que en el caso de los pueblos indígenas las dinámicas del derecho ambiental y de los recursos naturales están en la entraña de su destino como pueblos y de su reconocimiento como sujetos de derecho, como sujetos históricos y no como meros objetos indirectos de los beneficios que pueda generar tal o cual derecho ambientalista en abstracto. A las Constituciones Nacionales les corresponde reformarse para dar entrada a la diversidad cultural que no han logrado someter a la camisa de fuerza de la homogeneidad y al estereotipo de que el individuo y no los pueblos es la unidad fundamental del sujeto de derecho.⁹

⁹ Cfr. “Las cuentas pendientes de la diversidad jurídica: el caso de las expulsiones por motivos religiosos” presentada en el coloquio Orden Jurídico y Formas de Control Social en el Fortín Veracruz, julio de 1992, elaborada a partir de la audiencia pública organizada por el congreso del estado de Chiapas en torno a la propuesta de tipificar el delito de expulsiones (consultar memoria publicada por el congreso junio de 1992), “Defensoría jurídica de presos indígenas”, *Entre la Ley y La costumbre*, IIDH-III 1990, “La fuerza de la costumbre indígena frente al imperio de la ley nacional” San José IIDH octubre de 1990, “Dónde No hay Abogado” coautora, INI 1990. Derecho Consuetudinario Indígena, *Méjico Indígena* núm. 25, 1987. “La juridización de los indígenas ante la nación mexicana”. *Revista Justicia y Paz*, núm. 25, 1992. Derecho Indígena (coordinadora) AMNU- INI 1997. Varios artículos entre los que destacan el discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Derechos Humanos, junio de 1995, la Ponencia presentada en el Seminario Latinoamericano sobre Constitución y Derecho Indígena realizado en Villa de Leyva Colombia, Julio de 1995 y los artículos “El Derecho Indígena, entre la ignorancia y el prejuicio” publicado en una primera versión, en *La Jornada del Campo*, 3 de mayo de 1996 y “La pluralidad Jurídica y la Jurisdicción Indígena” publicado en la *Revista el Cotidiano*, mayo de 1996, Universidad Autónoma Metropolitana. “El derecho indígena en la antesala de la Constitución” en *Economía Informa*, UNAM septiembre de 1996.

María Magdalena Gómez Rivera

El gran reto es asumir que debemos cuestionar conceptos y principios que están en la base de nuestra cultura constitucional dominante. ¿Cómo reconocer la libre determinación para unos sujetos colectivos llamados pueblos indígenas cuyos miembros son ciudadanos como todos y además reconocerles derechos colectivos relacionados con su identidad?, y ¿las modalidades de participación política y de elección propias de los pueblos indígenas, si no es a partir de la pluralidad jurídica que deviene de la cultural?; ¿cómo plantear que la educación debe ser intercultural, si no se transforma la concepción monocultural que prevalece en el artículo tercero constitucional?; ¿y el reconocimiento a las prácticas de medicina tradicional?; ¿no es el pluralismo jurídico un principio que debería reflejarse en las nuevas normas constitucionales y legales?; ¿vamos a considerar que los sistemas normativos de resolución de conflictos que se practican en los pueblos indígenas son parte del todo que comprende modalidades de autogobierno, normas propias y modificación de las mismas, prácticas y concepciones distintas en el ejercicio de la medicina, el desarrollo sustentable, en la cosmovisión, la organización social y política entre otras?; ¿o pretendemos reducirlos a las tareas de conciliación cotidiana sobre el robo de la gallina? No existen por tanto soluciones uniformes, pretenderlo sería una primera violación a la pluriculturalidad.

Hoy en día, frente a la resistencia para otorgar rango constitucional al derecho indígena, encontramos la aplicación cotidiana de políticas públicas que en general pasan desapercibidas como los programas para la inscripción individual de usuarios del agua, los relativos a regularización de tenencia de la tierra para dar supuesta certidumbre jurídica, diversos tipos de concesiones mineras, a plantaciones forestales, patentes de germoplasma, megaproyectos entre otros. Todos ellos se realizan por lo general sin la consulta y mucho menos participación de los pueblos indígenas y afectan su posibilidad de sobrevivencia y de reconstitución, hecho que está en la raíz de las movilizaciones sociales por el derecho indígena.

Construcción y defensa de los nuevos derechos ambientales, culturales y colectivos en América Latina
se terminó de imprimir en abril de 2001 en los talleres
de Gráficos RAN, Morelos 60 A, colonia Reynosa
Tamaulipas de México D.F. Para su composición se
utilizó tipo Bookman Old Style de 11, 10 y 8 puntos.
El tiraje fue de 1000 ejemplares.