

Capítulo 03

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A LA TEMATICA INDÍGENA

*Luis Toro Utrillano**

Esta sección presenta ciertos principios que se aplican en materia de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, a la luz de los principales instrumentos jurídicos adoptados por organizaciones internacionales.

El estudio comprende el estado del derecho respecto de los siguientes temas: libre determinación, recursos naturales, tierras y territorios, consulta y consentimiento, derechos colectivos y reparaciones. De manera más sucinta se presenta también un análisis sobre temas ligados a la salud, la educación, el empleo, el conocimiento tradicional y la administración de justicia.

La descripción se realiza en función de dos instrumentos principales en vigencia de nuestros días: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante Convenio 169 de la OIT) y la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (en adelante Declaración de la ONU). En cada caso se incluyen referencias al sistema interamericano, en particular a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y a la doctrina propuesta por estudiosos y especialistas en la materia. También se ilustran los avances del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Considerando que estas disposiciones se complementan con otros instrumentos de promoción y protección de derechos humanos, tanto universales como regionales, al inicio de la sección se ofrece una síntesis de los instrumentos citados en el análisis del estudio de las nociones referidas.

1. INSTRUMENTOS PRINCIPALES

1.1. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

Instrumento jurídico de carácter vinculante adoptado en 1989 por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pero que entra en vigor en 1991. De hecho este Convenio revisa muchas de las nociones y principios establecidos en el Convenio 107 de la misma Organización en el año 1957 que quedó obsoleto principalmente por contener disposiciones integracionistas.

Al presente 15 Estados miembros de la OEA han ratificado dicho Convenio http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:11300:0:NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO

* Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. Las opiniones expresadas en este documento son a título individual y no representan la posición de la Secretaría General.

Argentina	3/7/2000
Bolivia	11/12/1991
Brasil	25/7/2002
Chile	15/9/2008
Colombia	7/8/1991
Costa Rica	2/4/1993
Dominica	25/6/2002
Ecuador	15/5/1998
Guatemala	5/6/1996
Honduras	28/3/1995
México	5/9/1990
Nicaragua	25/8/2010
Paraguay	10/8/1993
Perú	2/2/1994
Venezuela	22/5/2002



El Convenio 169 de la OIT describe los pueblos que pretende proteger, que son los pueblos tribales y los pueblos indígenas. Estos son identificados como tales “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 1 del Convenio).

El instrumento comprende un variado número de ámbitos de protección, optando por una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Se reconocen características específicas de los pueblos; se insta la consulta y participación de los pueblos indígenas respecto al uso, administración y conservación de los territorios y recursos naturales y el control de su desarrollo, en donde primen las prioridades propias de los pueblos. También se protegen y promueven los derechos humanos y libertades fundamentales, y los derechos generales de ciudadanía, sin obstáculos ni discriminación, incluyendo los derechos que se aplican a la colectividad así como la no discriminación en la esfera del bienestar social¹. El Convenio propone como criterio para su implementación la flexibilidad, “teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país” (artículo 33 del Convenio).

El control del cumplimiento del Convenio 169 de la OIT obedece a un sistema de supervisión de tratados impuesto por la Organización Internacional del Trabajo, en el que participan los gobiernos, trabajadores y empleadores. La OIT cuenta con un órgano encargado de la aplicación de los convenios ratificados, conocido como Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR). Los Estados deben informar sobre el respeto de las legislaciones nacionales y los problemas en materia de implementación cada cierto tiempo. Los otros dos actores, organizaciones de empleadores y trabajadores pueden presentar también sus observaciones respecto a la aplicación de los instrumentos. Por su parte, los pueblos indígenas y tribales pueden presentar reclamaciones respecto a obligaciones incumplidas de los Estados (artículo 24 del Convenio) y conformar alianzas con los actores mencionados que faciliten las soluciones para facilitar la implementación del Convenio².

1 <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>

2 <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/Supervision/lang-es/index.htm>

1.2. La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Instrumento no vinculante de derechos humanos adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 17 de septiembre de 2007. Al momento de su adopción, la decisión no fue unánime, puesto que de los 156 miembros presentes (de un total de 192) hubo 143 países que votaron a favor; 4 en contra, de los cuales dos pertenecen a la OEA: Canadá (consentimiento y reclamación de territorios); Nueva Zelanda (reclamación de tierras), Estados Unidos (concepto de pueblos indígenas) y Australia (sistemas jurídicos tradicionales); y 10 países se abstuvieron entre los cuales se cuenta a Colombia además de Azerbaiyán, Bangladesh, Bhutan, Burundi, Georgia, Kenia, Nigeria, Federación Rusa, Samoa y Ucrania. Cabe mencionar que al presente todos los Estados miembros de la OEA que votaron en contra, Canadá y Estados Unidos, como el que se abstuvo, Colombia, han presentado declaraciones en el sentido de acompañar la Declaración de la ONU.

La Declaración está compuesta de 46 artículos y un preámbulo. Propone el criterio de la auto identificación y el derecho a determinar su condición política y desarrollo económico. Se pronuncia sobre los derechos colectivos, los derechos a las tierras, territorios y recursos que han tradicionalmente ocupado, y la participación de los indígenas en la vida nacional asumiendo la protección de la cultura, identidad y lengua. Establece el principio del consentimiento previo, libre e informado, y emite estándares en materia de educación, empleo y salud. También consagra un espacio para acuerdos o convenios entre Estados y pueblos indígenas.

Por tratarse de un instrumento de índole aspiracional se espera que la práctica general de los Estados lo transforme en una costumbre internacional para otorgarle el carácter de un instrumento jurídico vinculante. Al respecto algunos Estados miembros de la OEA han integrado varias de las provisiones de la Declaración de la ONU en sus legislaciones nacionales, incluyendo en algunos casos en sus normas de carácter constitucional.

2. INSTRUMENTOS GENERALES

En la interpretación de los derechos citados resulta esencial tener en consideración variados documentos de promoción y protección de los derechos humanos adoptados en el sistema interamericano y en las Naciones Unidas, entre los cuales destacamos los siguientes:

I)- La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de la OEA, abril 1948

- Identifica aquellos derechos considerados como esenciales del ser humano y los deberes que se insertan en la búsqueda y respeto de la libertad.
- Reconoce la evolución de la protección internacional de los derechos humanos.
- Se aplica a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

II)- La Carta de la OEA, junio 1948 (en vigencia desde 1951)

- Documento fundacional que establece los objetivos, composición y funcionamiento de la organización.
- Prevé el principio de la igualdad de los Estados, la promoción del estado de derecho, el respeto del Derecho Internacional, la soberanía y los derechos fundamentales de la persona.

III)- La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, diciembre 1948

- Reconoce los derechos humanos y las libertades fundamentales para todas las personas y en todas partes.
- Es el fundamento de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y modelo de tratados y declaraciones internacionales.
- Ha sido incorporada a las constituciones y leyes de un gran número de países.

IV)- La Convención Americana sobre derechos humanos, noviembre de 1969 (en vigencia desde 1978)

- Establece las obligaciones de los Estados así como los derechos y deberes de las personas.
- Reconoce derechos de naturaleza civil, política, económicos, sociales, culturales.
- Se pronuncia sobre la suspensión de garantías.
- Regula los órganos competentes en materia de promoción y protección de los Derechos Humanos (Comisión Interamericana y Corte Interamericana).
- A continuación se presentan los Estados miembros de la OEA que son partes en la Convención Americana³:

Estado Parte	Fecha de firma	Fecha depósito de ratificación
Argentina	02/02/84	09/05/84 RA
Barbados	06/20/78	11/27/82 RA
Bolivia		07/19/79 AD
Brasil		09/25/92 AD
Chile	11/22/69	08/21/90 RA
Colombia	11/22/69	07/31/73 RA
Costa Rica	11/22/69	04/08/70 RA
Ecuador	11/22/69	12/28/77 RA
El Salvador	11/22/69	06/23/78 RA
Grenada	07/14/78	07/18/78 RA
Guatemala	11/22/69	05/25/78 RA
Haití		09/27/77 AD
Honduras	11/22/69	09/08/77 RA

3 Esta información puede ser consultada en el siguiente enlace:
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm

Jamaica	09/16/77	08/07/78 RA
México		03/24/81 AD
Nicaragua	11/22/69	09/25/79 RA
Panamá	11/22/69	06/22/78 RA
Paraguay	11/22/69	08/24/89 RA
Perú	07/27/77	07/28/78 RA
República Dominicana	09/07/77	04/19/78 RA
Suriname		11/12/87 AD
Uruguay	11/22/69	04/19/85 RA

V) La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de la ONU, adoptada en 1965 (en vigencia desde 1969)

- Crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial cuya función consiste en vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados.
- Dispone de procedimientos para examinar las medidas jurídicas, judiciales, administrativas o de otra índole que se adopten, incluyendo denuncias por parte de un Estado en contra de otro o por parte de una persona o un grupo de personas que aleguen ser víctimas de discriminación racial contra su propio Estado.
- Los Estados miembros de la OEA que son partes en esta Convención de la ONU son los siguientes⁴:



⁴ Esta información puede ser consultada en el siguiente enlace:
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtidsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en

Estado Parte	Fecha de firma	Fecha ratificación
Argentina	13/7/1967	2/10/1968
Belice	6/9/2000	14/11/2001
Bolivia	7/6/1966	22/9/1970
Brasil	7/3/1966	27/3/1968
Canadá	24/8/1966	14/10/1970
Chile	3/10/1966	20/10/1971
Colombia	23/3/1967	2/9/1981
Costa Rica	14/3/1966	16/1/1967
Estados Unidos	28/9/1966	21/10/1994
Guatemala	8/9/1967	18/1/1983
Guyana	11/12/1968	15/2/1977
Haití	30/10/1972	19/12/1972
Jamaica	14/8/1966	4/6/1971
México	1/11/1966	20/2/1975
Panamá	8/12/1966	16/8/1967
Paraguay	13/9/2000	18/8/2003
Perú	22/7/1966	29/9/1971
Trinidad y Tobago	9/6/1967	4/10/1973
Uruguay	21/2/1967	30/8/1968
Venezuela	21/04/1967	10/10/1967

- Los Estados Miembros de la OEA que han hecho la declaración del artículo 14 (1) de la Convención reconociendo la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones, son:⁵

Estado Parte	Fecha de depósito	Entrada en vigor
Costa Rica	8/1/1974	8/1/1974
Ecuador	18/03/1977	18/03/1977
Perú	27/11/1984	27/11/1984
Uruguay	11/9/1972	11/9/1972

⁵ Esta información puede ser consultada en el siguiente enlace:
http://www2.oichr.org/spanish/about/publications/docs/fs12_sp.htm#b

VI) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y en vigencia desde 1976.

- Dispone del Comité de Derechos Humanos compuesto de expertos independientes encargados de la aplicación del Pacto entre los Estados partes.
- El Pacto exige la presentación de informes periódicos de los Estados parte respecto al ejercicio de los derechos.
- El Comité emite observaciones con sus preocupaciones y recomendaciones, y además puede examinar denuncias entre Estados (artículo 41) o, en virtud del Primer Protocolo Facultativo, denuncia de particulares respecto a supuestas violaciones cometidas por Estados partes en el Protocolo.
- Los Estados miembros de la OEA que son partes en el Pacto son los siguientes⁶:

Estados Parte	Fecha de firma	Fecha de ratificación
Argentina	19/2/1968	8/8/1986
Bahamas	4/12/2008	23/12/2008
Chile	16/9/1969	10/2/1972
Colombia	21/12/1966	29/10/1969
Costa Rica	19/12/1966	29/11/1968
Estados Unidos	5/10/1977	8/6/1992
Ecuador	4/4/1968	6/3/1969
El Salvador	21/9/1967	30/11/1979
Guyana	22/8/1968	15/2/1977
Honduras	19/12/1966	25/8/1997
Jamaica	19/12/1966	3/10/1975
Panamá	27/7/1976	8/3/1977
Perú	11/8/1977	28/4/1978
Uruguay	21/2/1967	1/4/1970
Venezuela	24/6/1969	10/5/1978

⁶ La información puede ser consultada en el siguiente enlace:
http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtidsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en

VII. El Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

- Si bien este instrumento todavía se encuentra en su etapa de negociación, hemos decidido incluirlo para ilustrar el trabajo que se realiza en la OEA. La versión más reciente del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas corresponde al documento "Registro del estado actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" GT/DADIN/doc.334/08 Rev. 7. Este documento, registrado el 2 de mayo del 2012, contiene el resultado de las discusiones de la XIV Reunión de Negociación celebrada en abril de 2012⁷, cuya versión puede ser consultada en la siguiente página Web: http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_la_negociacion_XIV_Reunion.htm.
- El preámbulo original del texto de la CIDH fue objeto de modificaciones por parte de la Presidencia del Grupo de Trabajo en el año 2003, sin embargo dichos párrafos no han sido revisados por el Grupo. Los párrafos del preámbulo se encuentran en el Documento Consolidado de la presidencia, GT/DADIN/doc.139/03 del 17 de junio de 2003.
- De los 41 artículos que contiene el "Registro del estado actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas" en su versión del mes de mayo de 2012, 23 disposiciones han sido aprobadas de las cuales 9 han sido consensuadas.

Provisiones consensuadas

Las provisiones consensuadas corresponden a los artículos que fueron aprobados sin oposición de ningún Estado entre la primera y la décima reuniones de negociación:

- Artículo I sobre la auto identificación;
- Artículo VII. Igualdad de género;
- Artículo IX. Personalidad jurídica;
- Artículo X. Rechazo a la asimilación;
- Artículo X bis. Protección contra el genocidio;
- Artículo XXVI. Pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial;
- Tres provisiones del capítulo final que establecen el marco de referencia para la interpretación del instrumento: Artículos XXXII, XXXIV bis, y XXXVIII.

Sin lugar a dudas, la adopción de una provisión que protege los pueblos en aislamiento voluntario impone un avance en el derecho internacional por parte del Proyecto de Declaración Americana, puesto que por la primera vez un instrumento internacional declaratorio presenta disposiciones a favor de *los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial para que puedan permanecer en dicha condición y vivir de acuerdo a sus culturas*⁸.

7 La más reciente reunión de negociación para la búsqueda de consensos se llevó a cabo del 18 al 20 de abril de 2012 en la sede de la OEA en la ciudad de Washington, D. C. Dicha XIV Sesión de Negociación fue precedida de una reunión de los Representantes de los Pueblos Indígenas y de un seminario sobre temas bajo discusión tales como el derecho a tierras, territorios y recursos, medio ambiente sano y protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual. Contó con la presencia de 59 representantes indígenas de los cuales 20 recibieron financiamiento por parte del Fondo Específico.

8 Artículo XXVI del Proyecto de Declaración Americana:

"Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.

2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva."

Esta propuesta responde entre otras preocupaciones a las enseñanzas que nos dejan situaciones reales, tal como el Caso Yanomami en Brasil cuya población fue casi decimada debido a masacres y enfermedades producto de excursiones de mineros que han invadido dichas comunidades en busca de oro desde la década de los ochenta (véase la decisión no.7615 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

Dentro de este grupo de provisiones, resulta importante además destacar la adopción del artículo primero sobre la auto identificación, que permite a toda persona identificarse como indígena en la medida en que su comunidad lo reconozca como tal, y además la provisión sobre la personalidad jurídica de los pueblos que refiere al carácter colectivo de su organización.

Provisiones aprobadas

Corresponden a disposiciones adoptadas por algunos Estados pero que no cuentan con el consenso de todos los Estados que participan en el Grupo de Trabajo:

- Artículo II Carácter pluricultural y multilingüe
- Artículo V Plena vigencia de los derechos humanos
- Artículo VIII Derecho a pertenecer a pueblos indígenas
- Artículo XI Garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia
- Artículo XIII Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación
- Artículo XIV Educación
- Artículo XVII Salud
- Artículo XIX Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión
- Artículo XXIII Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos
- Cinco disposiciones interpretativas: Artículo XXXIII; Artículo XXXIV; Artículo XXXV; Artículo XXXVI; Artículo XXXIX

Provisiones que no han sido aprobadas

Las disposiciones que faltan por aprobar pueden ser organizadas en tres grupos:

- *Textos que podrían encontrar consenso fácilmente
- *Textos que podrían encontrar consenso con un poco de dificultad
- *Textos considerados complejos

En el último grupo se encuentran las disposiciones que oponen la visión de los pueblos indígenas a disposiciones jurídicas de índole constitucional, tal es el caso de:

- La propiedad de los recursos naturales, tanto del suelo como del subsuelo;
- El concepto de libre determinación;
- El respeto de la integridad territorial;
- La situación de los derechos colectivos;
- El derecho a la consulta y al consentimiento.

Entre estas provisiones se encuentran también aspectos sobre medio ambiente, espiritualidad, cultura, desarrollo y situación en caso de conflictos.

Para el futuro inmediato existe un mandato claro a favor de la continuidad de las negociaciones, sin embargo el gran desafío es la búsqueda de financiamiento que permita la presencia de representantes indígenas en dichas sesiones. Por medio de la resolución vigente del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, documento AG/RES. 2793 (XLIII-O/13), los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos “reafirman la voluntad y el compromiso” en torno al proceso de negociación del Proyecto de Declaración. Para este fin, la Asamblea General renueva el mandato del Grupo de Trabajo y pide celebrar una nueva reunión de negociación para la búsqueda de consenso que incluya “la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas”. Esta especificidad impone el apoyo económico de los Estados miembros u observadores al Fondo Específico que permita la participación de los representantes indígenas, puesto que la insuficiencia de fondos impedirá la presencia de representantes indígenas y por ende la celebración de nuevas reuniones de negociación.



3.- ANÁLISIS DEL ESTADO DEL DERECHO EN TEMAS PARTICULARES

3.1. DERECHOS COLECTIVOS

Los derechos colectivos son derechos reconocidos generalmente para ser ejercidos por la colectividad, pues afectan intereses de grupos de individuos; también son referidos como derechos de tercera generación⁹.

En la clasificación más conocida del ordenamiento de los derechos humanos es posible distinguir tres generaciones de derechos: Los derechos civiles y políticos, conocidos como derechos de primera generación, se aplican a todo individuo como persona humana e implican el respeto de sus libertades fundamentales tales como la libertad de expresión, de pensamiento, de credo, de asociación o circulación. Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales son identificados como de segunda generación e incluyen entre otros el derecho a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la vivienda. Los derechos colectivos hacen parte de un grupo de derechos emergentes de tercera generación en donde el titular es la comunidad, e incluiría, entre otros, el derecho a la libre determinación, el derecho al desarrollo, el derecho de las minorías y el derecho a la paz¹⁰.

En el caso de los pueblos indígenas, la protección que se busca brindar a comunidades, pueblos o grupos tiene por objeto asegurar su existencia, desarrollo y bienestar. Cabe señalar igualmente que todo ejercicio a favor de los derechos colectivos no debe entrar en conflicto con los derechos humanos o afectar negativamente la implementación de los derechos individuales¹¹.

9 Parry and Grant *Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) edited by John P. Grant and J. Craig Barker, p. 105.

10 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th edition), pp. 567-568.

11 Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*, febrero 2008, p. 14.

a) Los derechos colectivos en el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 promueve la adopción de disposiciones que buscan las condiciones necesarias para poder actuar como grupo y se tome en cuenta la naturaleza colectiva de las organizaciones indígenas. Varias provisiones fomentan la participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones en áreas ligadas a la integridad cultural; la consulta; el auto-gobierno y la autonomía; los derechos a la tierra, el territorio y los recursos; y la no discriminación en los ámbitos socioeconómicos¹².

El Convenio 169 requiere la participación de los pueblos indígenas en las acciones de los gobiernos destinadas a protegerles y respetar su integridad como pueblos¹³, respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente¹⁴ en lo referente a los procesos de desarrollo que "afecten sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan"¹⁵.

En virtud del Convenio 169 los gobiernos deben reconocer y proteger el carácter individual y colectivo de los valores y prácticas sociales, culturales y espirituales de los pueblos indígenas¹⁶, así como los aspectos colectivos de la relación de los pueblos con las tierras y territorios¹⁷.

En el sector laboral, el Convenio 169 insta a los gobiernos a evitar la discriminación de los trabajadores indígenas respecto al derecho a formar sindicatos o en relación a la conclusión de convenios colectivos¹⁸.

b) La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas dispone en su parte preambular que los derechos colectivos de los pueblos indígenas son "indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos"¹⁹.

En su parte sustantiva, la Declaración de la ONU presenta varias disposiciones que se pronuncian sobre el aspecto individual y colectivo de ciertos derechos.

Se acuerda un derecho al goce de las libertades fundamentales y de los derechos humanos en forma colectiva y de manera individual²⁰. Se reconoce el derecho colectivo de los pueblos indígenas a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos²¹.

Se admite la existencia de lesiones o quebrantamiento de derechos de naturaleza individual y colectiva y se invita a los Estados a dotarse de procedimientos y decisiones que sean justos y respeten las costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas (artículo 40).

La Declaración de la ONU también atribuye un carácter colectivo al derecho de los pueblos a la libre determinación (artículo 3), a la conservación de instituciones (artículo 5), a la cultura y al patrimonio cultural (artículo 31), a la identidad (artículo 33) y a las costumbres incluyendo los sistemas jurídicos (artículo 34).

Tal como se manifestara en la primera parte de este capítulo, la práctica de los Estados nos dará mejores luces respecto a la eficiencia y eficacia en la implementación de sus disposiciones, en particular este tipo de formulaciones que se insertan en un instrumento aspiracional que no es vinculante.

12 UN doc. A/HRC/9/5, 11 August 2008, para. 32.

13 Artículo 2 del Convenio 169 de la OIT.

14 Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT.

15 Artículo 7. 1 del Convenio 169 de la OIT.

16 Artículo 5 del Convenio 169 de la OIT.

17 Artículo 13 del Convenio 169 de la OIT.

18 Artículo 20 del Convenio 169 de la OIT.

19 Manual básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Quito, 2010.

20 Artículo 1 del Convenio 169 de la OIT.

21 Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.



c) Los derechos colectivos en el sistema interamericano

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias decisiones respecto a asuntos ligados a derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, a la posesión sobre tierras y territorios ancestrales²², y al aspecto comunitario de dichas tierras²³:

"148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. 149. Dadas las características

del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".

"154. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas".

El proyecto de Declaración de la OEA²⁴ contiene una propuesta a favor del reconocimiento del carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas respecto a su organización social, política y económica, así como a sus sistemas jurídicos y culturas, incluyendo creencias espirituales, uso de lenguas. También dispone de provisiones sobre la administración colectiva de sus tierras, territorios y recursos naturales y la reparación de toda violación de dichos derechos colectivos.

3.2 LIBRE DETERMINACIÓN

El derecho a la libre determinación corresponde al derecho a buscar libremente su destino. La libre determinación es la posibilidad que tiene un pueblo de elegir el marco político más favorable para su desarrollo económico, social y cultural²⁵. En este ámbito de ideas, el Profesor James Anaya propone tener en cuenta la

²² Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 172, párr. 148-149.

²³ Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 154.

²⁴ Artículos VI y XXXIII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

²⁵ Marie LEGER, El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, ¿Amenaza o ventaja? (2002) Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas, p. 3. 8.

cosmovisión de los pueblos indígenas y el respeto de la cohesión etnográfica y soberanía territorial ejercida históricamente²⁶. En las relaciones internacionales, la Carta de las Naciones Unidas refiere al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación como una forma de promover condiciones de estabilidad y bienestar entre sus Estados miembros.

En el capítulo I, la Carta de la ONU constata entre sus propósitos el de “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

Por su parte, el artículo 55 de la misma Carta de la ONU, que se inserta en el capítulo sobre la Cooperación Internacional, Económica y Social, lee:

“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- Niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
- La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
- El respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos libertades.” (Artículo 55 párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas)”.

En el mismo orden de ideas expresadas por la Carta de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 también hacen alusión a dicho principio.

a) La libre determinación en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas es el primer documento que refiere de manera concreta al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas²⁷.

Cabe señalar al mismo tiempo que la Declaración incluye entre sus provisiones finales dos artículos interpretativos que establecen el alcance de los derechos enunciados en la Declaración²⁸ en donde no se

²⁶ James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2ª Edición, New York, Oxford U. Press, 2004, 143-144.

²⁷ Dos párrafos preambulares en la declaración de la ONU se refieren en los siguientes términos: “Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional;”

En la parte sustantiva de la Declaración de la ONU se establece que:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (Artículo 3 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU). Provisión que se basa en el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (Artículo 4 de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU).

²⁸ Artículo 45: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro”.

Artículo 46.

1 “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente

menoscaban los derechos de los pueblos indígenas, ni se alienten o autoricen acciones que menoscaben su integridad territorial o su unidad política. Las directrices de la ONU²⁹ proponen la implementación de la libre determinación a través de acuerdos apropiados entre los Estados y los pueblos indígenas en que se establezcan mecanismos ligados, entre otros, a disposiciones de autonomía; autogobierno; autogestión; control o influencia sobre servicios básicos como la educación y la salud; reconocimiento y mantenimiento de los órganos tradicionales de toma de decisiones políticas y sistemas legales; y, plena y efectiva participación en la vida pública.

b) La libre determinación en el sistema interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado respecto al derecho a la libre determinación en el caso del pueblo Saramaka v. Surinam. En su decisión respecto al derecho a la libre determinación de un pueblo tribal, la Corte avaló la posición del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU que ha interpretado el artículo 1 en común de los pactos económicos, sociales y culturales como aplicable a los pueblos indígenas, y se pronunció a favor del derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico:

"Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán 'proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural' y pueden 'disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales' para que no se los prive de 'sus propios medios de subsistencia'. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dicho Pactos.

El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, es interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria."³⁰

El Proyecto de Declaración de la OEA no ha fijado una redacción final respecto al reconocimiento del derecho a la libre determinación por falta de entendimiento respecto a la extensión de dicho derecho. Algunos Estados someten su adopción siempre que se limite "al interior de los Estados"³¹. Al igual que en el texto de la ONU se prevén disposiciones que imponen el respeto de las constituciones, la soberanía nacional y las fronteras nacionales³².

En el análisis de las implicaciones del derecho a la libre determinación, las negociaciones de la ONU y de la OEA dejan en evidencia las preocupaciones de los gobiernos que esperan se respete la integridad territorial

a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán solo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe."

29. ONU, Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas, op.cit. nota 19, pág. 16.

http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

30. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 93-95.

31. Artículo III del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

32. Artículo IV del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

y la soberanía de los Estados, así como las preocupaciones de los pueblos indígenas que esperan contar con el apoyo de los Estados para poder determinar su desarrollo en función de sus costumbres, tradiciones y culturas. Como se ha podido apreciar es necesario constatar que disposiciones de esta naturaleza se insertan, por ahora, en instrumentos declaratorios de carácter aspiracional y representan “una comprensión equilibrada”³³ del estado del derecho. Su evolución dependerá de la práctica de los Estados y del espacio que les sea acordado a los pueblos indígenas respecto a su implementación a la luz de este y otros instrumentos y normas que los mismos Estados decidan.

3.3 LOS RECURSOS NATURALES³⁴

Los recursos naturales refieren a “todo lo que el ser humano puede obtener y servirse de cualquier parte del universo, desde el punto de vista de la física, esto comprendería la energía solar y la energía proveniente de la gravedad, los yacimientos mineros y la misma lluvia. En el dominio biológico, se incluiría a la flora y la fauna, tanto salvaje como domesticada, incluyendo los recursos humanos. Existirían recursos importantes tanto en la superficie de la tierra como en el subsuelo rocoso y en el aire. Adicionalmente, el agua y la tierra son en sí dos recursos naturales esenciales para la vida. Los recursos naturales incluyen aquellos que se encuentran en estado bruto y pueden servir a satisfacer las necesidades del ser humano, y aquellos que este último es capaz de transformar. También existen categorías respecto de los recursos renovables y los que no lo son”³⁵.

En el plano internacional, en la década de los setenta del siglo anterior, en un contexto en que se discutían alternativas respecto al agotamiento de recursos naturales, los Estados adoptaron documentos a favor de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales. En dichos documentos se buscaba privilegiar el “interés nacional” y el “derecho soberano de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos”³⁶. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronuncia en el mismo sentido sobre el derecho del Estado de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales³⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se refiere a los recursos como “sustancias que existen naturalmente en la Tierra. Los recursos naturales son valiosos para la manufactura de productos, la satisfacción de necesidades o comodidades humanas, y la provisión de servicios eco sistémicos que mantienen la salud de la biosfera. Los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los

33 Id., p.13.

34 En los Instrumentos Jurídicos de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas los recursos naturales son generalmente estudiados junto a las tierras y territorios. Por consideraciones didácticas en esta sección solamente abarcaremos el análisis de los recursos naturales, y en la próxima sección el análisis de las tierras y territorios.

35 ONU: *Conférence sur l'organisation de la recherche et la formation du personnel en Afrique en ce qui concerne l'étude, la conservation et l'utilisation des ressources naturelles*, UNESCO/CORPSA/4.A, 31 de enero de 1964.

36 Ver al respecto las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”: Resolución 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962 y Resolución 3171 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973. Existe también una Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, adoptada por medio de la resolución 281 (XXIX) de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1974 que reconoce el derecho de todo Estado del ejercicio de la soberanía sobre la riquezas, recursos naturales y actividades económicas. De hecho, estos instrumentos reconocen y tipifican el derecho y los deberes que se desprenden de la nacionalización, la expropiación o la requisición. Parry and Grant *Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) edited by John P. Grant and J. Craig Barker, p. 407 y 408.

37 Artículo 1.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irremplazables una vez que han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales³⁸.

a) Los recursos naturales en el Convenio 169 de la OIT

En relación a los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT otorga el derecho de participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. También fomenta el derecho a la consulta en aquellos casos en que la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo pertenezca al Estado con el fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serán perjudicados. Esta disposición se aplica tanto a las tierras como a los territorios³⁹.

b) Los recursos naturales en la Declaración Universal sobre los derechos de los pueblos indígenas

El artículo 26 de la Declaración de la ONU⁴⁰ sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce el derecho de los pueblos indígenas respecto a los recursos poseídos, ocupados, utilizados o adquirido tradicionalmente por ellos. En uno de sus párrafos preambulares, la Declaración de la ONU se pronuncia sobre la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo sostenible y equitativo⁴¹. De igual manera el artículo 8 (j) del Convenio sobre Diversidad Biológica se refiere al rol de las comunidades indígenas quienes a través de su conocimiento, innovaciones y prácticas pueden contribuir a la “conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica”. En este sentido, el establecimiento y gestión de los recursos naturales aparece como un dominio de contribución por parte de los pueblos indígenas respecto a los elementos que hacen parte de la diversidad, tales como la fauna, los bosques, los acuíferos.

En la Organización de Naciones Unidas, sucesivos relatores de los derechos de los pueblos indígenas han expresado preocupación en relación con los efectos negativos de la explotación de los recursos naturales dentro de los territorios indígenas. En 1999 el “Estudio sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra” de la Relatora Especial Érica-Irene Daes constató que la “exploración y la explotación de petróleo y gas, la explotación de la energía geotérmica, la minería y otras modalidades de actividad económica efectuadas aparentemente en interés del país han repercutido negativamente en los pueblos indígenas, incluyendo aquellos que se encontraban en situaciones de aislamiento”⁴². Por su parte, el relator Rodolfo Stavenhagen se inquietaba respecto al acceso a los recursos naturales y su utilización por parte de las comunidades indígenas ya que “con demasiada frecuencia, esos recursos se están extrayendo o aprovechando en beneficio de otros intereses (petróleo, minería, explotación maderera, pesquerías, etc.), con poco o ningún provecho para las comunidades indígenas que ocupan la tierra”⁴³.

38. CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II/Doo 56/09, 30 de diciembre de 2009.

39. Artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT.

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

40. Artículo 26.1 del Convenio 169 de la OIT.

41. “Reconociendo que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”.

42. ONU, Consejo Económico y Social, Prevención de discriminaciones y protección a los Pueblos Indígenas y a las minorías, E/CN.4/Sub.2/2001/21 de 11 de junio de 2001.

43. ONU, Consejo Económico y Social, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Documento E/CN.4/2002/97, 4 de febrero de 2002, par. 49, p. 19.

"Las organizaciones indígenas han hecho parte de su preocupación ante diferentes instancias de la ONU sobre las incidencias nefastas de los proyectos de envergadura en el medio ambiente, sus medios de subsistencia y sus modos de vida y de pervivencia. Uno de los problemas citados frecuentemente por las comunidades es la pérdida de sus tierras y territorios. La ausencia de control de los recursos naturales es un tema que inquieta también, puesto que los proyectos de desarrollo implican desplazamientos y reinstalaciones forzadas en las comunidades autóctonas que viven precisamente donde se desea construir un dique, un aeropuerto, una reserva para la caza, un sitio turístico, una explotación minera un oleoducto, una autopista, etc"⁴⁴.

En su informe del año 2011, el relator de las Naciones Unidas, James Anaya, manifestó que los proyectos de extracción de recursos naturales "en o cerca de los territorios indígenas constituyen una de las fuentes más importantes de abuso de los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo" (...) Y un modelo de extracción que impone abusos "pareciera ir en contra de la libre determinación de los pueblos indígenas en las esferas política, social y económica"⁴⁵.

c) Los recursos naturales en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales encontrados en sus territorios:

"El derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia"⁴⁶.

"En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia"⁴⁷.

Frente al ordenamiento jurídico internacional se debe mencionar que los textos de las constituciones de los Estados miembros de la OEA establecen que los recursos naturales tanto renovables como no renovables pertenecen a la nación. Esta situación es objeto de muchas controversias puesto que viene a limitar el alcance de los derechos concedidos a los pueblos indígenas por los instrumentos jurídicos citados, en particular respecto a la soberanía de los recursos del suelo y subsuelo. También dependerá del rol que cada parte (Estado y pueblos indígenas) deberá ejercer en la preservación del medio ambiente y la misma diversidad biológica, e incluso las decisiones en materia de explotación de los recursos y la implementación de obras consideradas de "interés nacional".

44 ONU. Conseil Économique et Social, Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. Rodolfo Stavenhagen, Document E/CN.4/2003/90 de 21 de enero de 2003, par. 19, p.8.

45 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/18/35 de 11 de julio de 2011, párrafo 82, p. 18.

46 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit. nota 23, párr. 141.

47 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yuki Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit. nota 37 párr. 167.



Elias Alfaro, Grupo EFENCA

El Proyecto de Declaración de la OEA refiere en un mismo grupo de artículos tanto a los recursos como a las tierras y territorios. Reconoce la relación especial de los pueblos indígenas con dichos elementos, así como las formas tradicionales colectivas de propiedad y uso, considerados esenciales para “la supervivencia, organización social, desarrollo, espiritualidad, bienestar individual y colectivo”.

Existen propuestas que definen de manera pormenorizada los distintos tipos de derechos de los pueblos indígenas, los cuales incluirían la protección, aprovechamiento, administración, recuperación, restauración y conservación del medio ambiente y manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos. Adicionalmente se impone a los Estados el deber de proteger pudiendo dar lugar a penalidades en caso de “introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso o depósito de cualquier sustancia nociva”. En todos los casos se plantea la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en las decisiones que les afecten, incluyendo la administración tal como lo véramos en la sección sobre los derechos colectivos.

Las propuestas de los pueblos indígenas exigen un reconocimiento más contundente que las meras propiedad y dominio; exigen que además se incluyan la “posesión, uso, desarrollo y control” respecto a “las tierras y territorios que ocupan históricamente y a las que tradicionalmente han tenido acceso para la realización de sus actividades tradicionales y de sustento”. Se reivindica “el derecho al medio ambiente total, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y fauna, y los demás recursos del suelo y subsuelo, así como de su medio ambiente, preservando los mismos para sí y futuras generaciones”. Se exige un reconocimiento legal que implicaría la protección de las modalidades particulares de propiedad, posesión y dominio, incluyendo un reconocimiento de los recursos del suelo y subsuelo, así como la efectiva delimitación, demarcación y titulación de tierras y territorios. En este contexto, el derecho de “atribuir la titularidad y determinar el uso y disfrute colectivo e individual” de las tierras de los pueblos indígenas sería un prerrogativa de los propios pueblos indígenas. Estos últimos tendrían también una participación en los casos en que los recursos del subsuelo o minerales que se encuentren en propiedades indígenas pertenezcan al Estado. Finalmente se propone la restitución de tierras, territorios y recursos “que histórica y tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido despojados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento previo, expresado con libertad y pleno conocimiento”⁴⁸.

⁴⁸ Artículos VI, XVIII, XX, XXIV del Proyecto de Declaración Americana.

3.4 LAS TIERRAS Y TERRITORIOS

El concepto de territorio es definido como la porción del planeta que está sujeta a la soberanía de un Estado. Junto al concepto de independencia política, el territorio conforma la soberanía de un Estado⁴⁹. Sin un territorio, una persona legal no puede transformarse en un Estado. Por su parte, la integridad territorial referida por el artículo 2 (4) de la Carta de la ONU y 1 de la Carta de la OEA prohíbe la interferencia en los asuntos de un Estado⁵⁰.

La tierra es definida por la Organización Internacional de las Naciones Unidas para la Alimentación y la agricultura (FAO) como un “recurso natural esencial tanto para la sobrevivencia y la prosperidad de la humanidad como para el mantenimiento de todo el ecosistema terrestre (...) La tierra no debe ser considerada simplemente como el suelo y la superficie topográfica sino que abarca muchos otros elementos como los depósitos superficiales, los recursos de agua y clima y también las comunidades animales y vegetales que se han desarrollado como resultado de la interacción de esas condiciones físicas”. De hecho la misma organización insta a la humanidad a trabajar como gestora en lugar de explotadora con el fin de “salvaguardar los derechos de las generaciones que aún no han nacido y de conservar la tierra como base del ecosistema global”⁵¹.

a) Las tierras y territorios en el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT dedica un capítulo exclusivo al tema de las tierras⁵² e invita a los gobiernos a tener en consideración la relación especial de los pueblos con sus tierras o territorios⁵³. Los territorios son descritos como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”⁵⁴. Respecto al derecho de “propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, se requiere de los gobiernos tomar las medidas necesarias para determinar dichas tierras y poner en marcha procedimientos para solucionar casos de reivindicación de tierras⁵⁵.

Se prohíben los traslados de las tierras que ocupan, y regulan los casos en que excepcionalmente “sean necesarios traslados y reubicaciones”⁵⁶. Esta disposición se aplica tanto a las tierras como a los territorios.

El Convenio regula las modalidades de transmisión y enajenación de los derechos sobre la tierra y dicta sanciones en caso de intrusión no autorizada. También se pronuncia sobre el respeto de programas agrarios que sirvan a garantizar la asignación de tierras y el otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de dichas tierras⁵⁷.

b) Las tierras y territorios en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de los pueblos indígenas de la ONU confiere a los conceptos de tierras, territorios y recursos un tratamiento uniforme considerando que aparecen como un todo en la mayoría de las provisiones.

Por medio del artículo 8 la Declaración otorga una protección a los pueblos indígenas contra la desposesión de sus “tierras, territorios y recursos”.

49. *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) edited by John P. Grant and J. Craig Barker, 599.

50. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th. edition), p. 487 y 488.

51. FAO, El futuro de nuestra tierra: enfrentando el desafío... Los recursos de la tierra y la población: dependencia e interacción <http://www.fao.org/docrep/004/x3810e/x3810e04.htm>

52. Artículos 13 al 19 de la Parte II del Convenio 169 de la OIT.

53. Artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

54. Artículo 13.2 de la Declaración de la ONU.

55. Artículo 14.1 de la Declaración de la ONU.

56. Artículo 16.1 de la Declaración de la ONU.

57. Artículo 17.1 de la Declaración de la ONU.

Al igual que el Convenio 169, la Declaración distingue la relación espiritual de los pueblos indígenas, sin embargo no lo limita únicamente a las tierras y territorios, sino que también incluye “los recursos tales como aguas, mares costeros y otros recursos que han poseído u ocupado y utilizado”. Adicionalmente, la Declaración impone una responsabilidad a pueblos indígenas en relación a las generaciones futuras⁵⁸.

En el tema de la posesión, el artículo 26 de la Declaración también innova respecto al Convenio 169 puesto que incluye la posesión de los territorios y recursos, y además hace referencia a aquellos que han sido “ocupado o utilizado o adquirido”; mientras que, como lo explicáramos anteriormente, el Convenio 169 trata de las tierras que han poseído o accedido. La Declaración exige además un reconocimiento de dichas tierras, territorios y recursos y el respeto de las costumbres, tradiciones y sistema de tenencia de las tierras de los pueblos interesados⁵⁹.

En materia de restitución, la Declaración propone como una forma de resarcimiento la reparación o, en caso de imposibilidad, una indemnización justa y equitativa “por las tierras, territorios y los recursos que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado”⁶⁰.

La Declaración de la ONU atribuye a los pueblos indígenas un rol de protección y conservación del medio ambiente, incluyendo la capacidad productiva de las tierras o territorios y recursos, en concordancia con el artículo 25. También prescribe la prohibición de almacenar materiales peligrosos en tierras o territorios de los pueblos indígenas⁶¹.

La Declaración de la ONU impone la figura del “consentimiento previo, libre e informado al aprobar proyectos que afecten a sus tierras, territorios y recursos”, y “en particular los recursos minerales, hídricos o de otro tipo”⁶².

c) Las tierras y territorios en el sistema interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido pionera respecto a la relación estrecha de los pueblos indígenas con la tierra, incluyendo el derecho al goce de la tierra sin exigir un título formal de propiedad:

“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”⁶³.

En el contexto de las decisiones a favor de la propiedad de la tierra a los pueblos indígenas que no cuentan con título formal, la Corte se ha pronunciado a favor de medidas especiales para garantizar el ejercicio de dicho derecho de propiedad, protección que busca garantizar su supervivencia física y cultural, tanto para pueblos tribales como indígenas:

“Particularmente, en el caso *Moiwana*, la Corte determinó que otra de las comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que se centraba no “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”⁶⁴.

58 Artículo 25 de la Declaración de la ONU.

59 Artículos 26 y 27 de la Declaración de la ONU.

60 Artículo 28 de la Declaración de la ONU.

61 Artículo 29 de la Declaración de la ONU.

62 Artículo 32 de la Declaración de la ONU.

63 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*, op.cit. nota 22 párr. 149 y 151.

64 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. op.cit. nota 30, párr. 72 y 85. Véase los siguientes casos : Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni*, op.cit. nota 22, párrs. 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaxa* Vs.

En el caso Sarayaku, la Corte señaló que la existencia de una relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales puede expresarse de diversas maneras dependiendo del pueblo y las circunstancias. En la instancia se determinó que efectivamente existía un “profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio”⁶⁵.

“Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales”.

Finalmente es importante señalar que la Corte ha determinado que el derecho a la propiedad establecido por el artículo 21 de la Convención puede ser sujeto de restricciones por parte del Estado en los siguientes casos: “a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”⁶⁶.

En la evolución de las reivindicaciones indígenas en el tema de las tierras y territorios en el hemisferio, el profesor José Aylwin explica que en un primer momento se ha buscado la protección jurídica de las tierras ancestrales y de los recursos naturales, mientras que el reconocimiento y protección de la territorialidad ha sido una demanda más reciente:

La demanda de los indígenas por territorio parece ser más compleja, puesto a que ella tiene componentes de carácter material, relacionados con los espacios físicos reivindicados y los recursos que hay en ellos, así como componentes inmateriales, de carácter político y simbólico⁶⁷.

Además de las reformas necesarias para reconocer y proteger los derechos estipulados en los instrumentos jurídicos en la materia, el profesor José Aylwin constata la necesidad de destinar mayores recursos a los programas de saneamiento, demarcación y titulación de las tierras y territorios indígenas, así como el respeto por las formas de tenencia comunal. También considera esencial “abrir espacios para hacer posible mayores grados de autonomía y/o participación en la gestión de los procesos económicos, sociales y políticos al interior de los espacios territoriales indígenas”⁶⁸. En este ámbito, el profesor James Anaya propone la adopción de las medidas adecuadas para identificar las tierras comunales, los recursos naturales y los mismos proyectos de inversión en territorios indígenas⁶⁹.

En todos los casos, el control y la posesión de la propiedad de las tierras, territorios y recursos aparece como un elemento esencial para la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas.

“...elementos que únicos para los pueblos indígenas i) existe una profunda relación entre los pueblos

Paraguay, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párrs. 118-121, y 131, y Caso de la Comunidad Indígena Yuki Axa Vs. Paraguay, op.cit. nota 23, párrs. 124, 131, 135-137 y 154.

65 Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párrs. 148 y 149. Véase también, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay, id., párr. 73.61 a 73.74, y Caso Xakmok Kasek Vs. Paraguay, párrs. 205, 207 y 208. Caso Comunidad Indígena Yuki Axa Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, id., párr. 154, y Caso Xakmok Kasek Vs. Paraguay, párr. 113.

66 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit. nota, 30, párr. 127. Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yuki Axa, op.cit., nota 23, párrs. 144-145 citando (*mutatis mutandi*) Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; Caso Herrera Ulioa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155. Cfr., también, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, op.cit. nota 65, párr. 137.

67 José Aylwin O., El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales, 2002, p. 7 y 8.

68 Id., p. 26.

69 Citado por José Aylwin O. en “El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional”, p. 10. www.utexas.edu/law/cenr/humanrights/events/.../tierrasteritorios.doc.

indígenas y sus tierras, territorios y recursos; ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas”⁷⁰.

Existen importantes esfuerzos realizados por las Naciones Unidas en materia de desarrollo sostenible con implicaciones respecto a la tierra, territorios y recursos por medio de la agenda 21 (cuyo capítulo 26 busca reconocer y fortalecer el papel de las comunidades indígenas), la declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y desarrollo, y la declaración de principios para la gestión sostenible de los bosques⁷¹.

Un análisis sobre el estado de la negociación del Proyecto de Declaración Americana sobre el tema de las tierras y territorios ha sido incluido en el tratamiento de los recursos naturales.

3.5 LA CONSULTA

La consulta consiste en solicitar a un organismo, persona o grupo de personas una opinión respecto a una consideración de su competencia o calificación frente a la cual no existe obligación de cumplimiento, incluyendo aquellos casos en que se está obligado a solicitar esta opinión (casos de consulta obligatoria). En este sentido, la finalidad de la consulta es conocer la opinión del destinatario de la consulta para otorgarle elementos a quien debe tomar una decisión⁷².

Los mecanismos de participación y consulta ciudadana otorgan al Presidente, Congreso o Asamblea Legislativa la potestad de someter una ley, un proyecto de ley o de reforma constitucional para diversos fines. El referendo consultivo, que puede ser vinculante o no, es un mecanismo orientado a acudir a la ciudadanía en busca de conocer su opinión sobre un tema específico y de importancia para el país⁷³. Las evaluaciones de impacto ambiental permiten la participación pública de los ciudadanos como uno de los ejes principales de validación de proyectos de desarrollo. En muchos casos las audiencias públicas son obligatorias, pero las decisiones de dichas audiencias públicas no son vinculantes necesariamente⁷⁴.

En el derecho indígena, los instrumentos jurídicos internacionales consagran un derecho a la consulta acerca de las decisiones que son susceptibles de afectarles, asignando un espacio privilegiado a la participación de los pueblos indígenas.



Liliana Escobar Castro

70 UN, Economic and Social Council, Report on the working paper prepared by Mrs. Erica-Irene Daes, Special Rapporteur, , E/CN.4/Sub.2/2001/21, p. 9 (par.20).

71 Naciones Unidas, Agenda 21, Reconocimiento y Fortalecimiento del Papel de las Poblaciones Indígenas y sus Comunidades. http://www.un.org/esa/sd/sd/agenda21_spanish/ree_agenda21_26.shtml.

72 Vocabulaire juridique Sous la direction de Gérard Cornu, 9e édition Editéur : Presses Universitaires de France - P.U.,

73 OEA, Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa, OJ/doc.383/11 rev.1, agosto de 2011, p. 7.

74 Pierre Levasseur. « L'évaluation des impacts sur l'environnement et la prise en compte de l'expression des citoyens : le cas de la rue Notre-Dame à Montréal » http://www.usherbrooke.ca/environnement/filesadmin/sites/environnement/documents/Essais2009/essai_PLevasseur.pdf

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establecen las pautas aplicables en materia de consulta. Adicionalmente, el Relator de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, insta a tomar en cuenta los instrumentos de protección y promoción de los Derechos Humanos en las decisiones que afecten a los pueblos indígenas. En su informe del año 2009, el Relator Anaya constataba el incumplimiento de ciertos Estados que fueron objeto de observaciones por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos de ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la falta de consulta⁷⁵.

a) La consulta en el Convenio 169 de la OIT

En virtud del artículo 6.1 del Convenio 169, la consulta debe realizarse cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas. Esta provisión de aplicación transversal lee⁷⁶:

"Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".

La consulta del Convenio 169 presenta como objetivo específico el llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁷⁷. En esta sección analizaremos las implicaciones respecto a la búsqueda de acuerdos, y en la próxima sección se verán las situaciones que aluden expresamente al consentimiento.

La OIT explica que la búsqueda de acuerdos implica que las partes hagan esfuerzos efectivos para conseguir dicha meta y en todos los casos lograr arribar a una decisión⁷⁸. En la opinión del relator de Naciones Unidas James Anaya la búsqueda de acuerdos mutuamente aceptables por medio de la consulta reviste una importancia particular para los pueblos indígenas puesto que existen medidas que afectan a los pueblos indígenas, en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad⁷⁹.

Esta consulta impone ciertos requisitos mínimos para que sea válida:

- Procedimientos apropiados (que tenga en cuenta las tradiciones culturales y sociales)
- Con carácter previo (suficiente precedencia para involucrar a los interesados lo antes posible)⁸⁰.

75 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, septiembre de 2011, párr. 40.

76 OIT, Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una Guía sobre el Convenio número 169 de la OIT, vol.1, Ginebra, 2009, p.61.

77 "Artículo 6. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas."

78 OIT, "ILO Convention on Indigenous and tribal peoples 1989 (No. 169): A Manual", Ginebra, 2003, p.16.

79 ONU, Informe del Relator Especial, James Anaya, op.cit., nota 75 párr. 43 y 46.

80 ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Doc.Off. A/HRC/6/15, 2007, p.11.

- Haciendo partícipe a instituciones representativas (elegidas siguiendo sus procesos internos propios)⁸¹.
- Buena fe (proceso sincero, libre de presiones o manipulaciones, constructivo, en que la información sea precisa y las explicaciones sean comprensibles en el idioma de las personas involucradas)⁸².

En virtud del artículo 2, la participación de los pueblos indígenas y la acción coordinada con los Estados aparece como una condición necesaria para proteger los derechos de los pueblos. Adicionalmente, el artículo 22 requiere la participación de los mismos respecto a la planificación, coordinación, ejecución y evaluación de programas que les afecten.

De manera específica, el Convenio 169 exige la consulta cada vez que se consideran medidas respecto a variados ámbitos incluyendo procesos de desarrollo⁸³, enajenación de sus tierras⁸⁴, creación de programas de formación profesional⁸⁵, creación de instituciones y medios de educación propias⁸⁶, y enseñanza a los niños en su propia lengua indígena o lengua común⁸⁷.

b) La consulta en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce como objeto principal de la consulta la obtención del "consentimiento libre, previo e informado", lo cual marca una diferencia con el texto de la OIT en donde se prevé que la consulta debería permitir la búsqueda de acuerdos o el consentimiento. Desde el punto de vista temporal la consulta establecida por la Declaración de la ONU debe realizarse antes de la adopción y aplicación de medidas que afecten a los pueblos indígenas, en un marco regulatorio que involucre medidas de índole legislativo como administrativo. Se prevé la participación de "instituciones representativas" de los pueblos indígenas interesados y la cooperación de los Estados en donde impere la buena fe⁸⁸.

La Declaración de la ONU requiere la consulta respecto a los siguientes asuntos específicos: eliminación de la discriminación; derechos laborales y prohibición de explotación económica y trabajo de los niños; utilización de las tierras o territorios para actividades militares; cualquier proyecto que afecte a tierras o territorios y otros recursos; relaciones con otros pueblos, a través de las fronteras; adopción de las medidas apropiadas, incluyendo medidas legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración⁸⁹.

c) La consulta en el sistema interamericano

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula el derecho a la consulta con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos que refiere a la participación en los asuntos públicos⁹⁰ e impone una participación efectiva en "relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio y no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal"⁹¹.

En el caso *Saramaka* la Corte establece un listado de medidas estatales en casos de exploración o extracción de recursos naturales⁹²:

81 OIT, *Gula*, op.cit., nota 76, p.61.

82 Id.

83 Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

84 Artículo 17 del Convenio 169 de la OIT.

85 Artículo 22 del Convenio 169 de la OIT.

86 Artículo 27 del Convenio 169 de la OIT.

87 Artículo 28 del Convenio 169 de la OIT.

88 Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas.

89 El Preamble de la Declaración invita también a los estados a que "respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados".

90 Corte IDH, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, par. 225.

91 Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op.cit., nota. 30, párr. 129 y 130.

92 Id., párr. 194.

"i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones"

La Corte también ha exigido consultas previas en casos que involucren la "elección y entrega de tierras alternativas y el pago de una justa indemnización o ambos"⁹³.

En el caso *Sarayaku*, la Corte enumera las características de la consulta que debe realizar el Estado respecto a planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, indicando que su incumplimiento podría involucrar la responsabilidad internacional de los Estados⁹⁴:

"el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones".

La Comisión Interamericana de Derechos considera que la consulta debe ser obligatoria en aquellos casos en que el reconocimiento de la tierra o territorio respectivo está en proceso de reivindicación⁹⁵.

"Los procedimientos de consulta previa "deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación".

La Corte también deja en manos de los mismos miembros de la comunidad la determinación de las personas que participan en los procesos que implican consultas y la representación de estas personas ante el Estado: "los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas" (al momento de esta decisión Suriname no era parte del Convenio 169 por lo tanto el análisis no tiene en cuenta los preceptos establecidos en dicho instrumento)⁹⁶. En este punto relativo al respeto de las costumbres y tradiciones, la Corte reconoció en el caso *Sarayaku* el derecho a la identidad cultural como "un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática". En el análisis de la Corte se analizan las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en la causa vis-a-vis el Convenio 169 y la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, además de constatar las implicaciones de la consulta y el derecho a la identidad cultural⁹⁷:

"Dada la importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural del Pueblo Sarayaku y su cosmovisión, como sujeto colectivo, varios de los testimonios y peritajes producidos durante el proceso indican el fuerte lazo que existen entre los elementos de la naturaleza y de la cultura, por un lado, y las dimensiones del ser de cada integrante del Pueblo, por otro...La Corte considera que la falta de consulta al

93 Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yáike Awa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit., nota 23, párr. 151. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit., nota 65, párr. 135.

94 Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op.cit., nota 65, párr. 177.

95 CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op.cit., nota 38, párr. 293.

96 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, op.cit. nota 30, párr. 15, 18 y 19.

97 Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, op.cit., nota 65, párrs. 217, 219 y 220.

Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos”.

El Proyecto de Declaración Americana propone en la mayoría de casos el respeto del consentimiento previo, libre e informado, pero en algunas provisiones exige la consulta, tal es el caso en materia de promoción y uso de sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios⁹⁸; la adopción de medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de derechos de asociación, reunión, organización, incluyendo encuentros de pueblos divididos por fronteras nacionales⁹⁹.

Por su parte, algunas provisiones exigen la consulta como una medida previa a la obtención del consentimiento respecto a medidas o acciones que puedan afectar el ambiente en territorios indígenas¹⁰⁰; en relación con la participación de los pueblos indígenas en el diseño de las instituciones que pongan en marcha “planes, políticas públicas, programas y acciones relacionados con los asuntos indígenas”¹⁰¹; o “cuando se adopten acuerdos y regímenes nacionales e internacionales que provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada al patrimonio de los pueblos indígenas”¹⁰². El consentimiento previo, libre e informado es exigido por el Proyecto de Declaración cuando se adopten medidas que involucren investigaciones, experimentaciones biológicas o médicas, incluyendo la esterilización¹⁰³, el patrimonio cultural y la propiedad intelectual¹⁰⁴, el traslado o las reubicaciones¹⁰⁵ todo plan, programa o proyecto que afecten los derechos o las condiciones de vida de los pueblos indígenas¹⁰⁶, reconstrucción por casos de conflictos armados¹⁰⁷.

Finalmente, nos parece pertinente señalar la situación de algunos Estados miembros de la OEA que se han dotado de mecanismos de participación directa en el ámbito interno, tanto a nivel de sus constituciones (como la de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Venezuela) como por medio de sus legislaciones internas en lo que respecta a: la gestión de sus recursos naturales¹⁰⁸, la elaboración y ejecución de planes municipales o nacionales de desarrollo¹⁰⁹, la adopción de planes de prospección y explotación de recursos que se encuentren en sus tierras así como la participación de éstos en los beneficios que reporten tales proyectos¹¹⁰, la adopción de leyes que puedan afectar sus derechos colectivos¹¹¹, entre otros¹¹².

98 Artículo XVII del Proyecto de Declaración Americana.

99 Artículo XIX del Proyecto de Declaración Americana.

100 Artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana.

101 Artículo XXII del Proyecto de Declaración Americana.

102 Artículo XXVIII del Proyecto de Declaración Americana.

103 Artículo XVII del Proyecto de Declaración Americana.

104 Artículo XXVIII del Proyecto de Declaración Americana.

105 Artículo XXV del Proyecto de Declaración Americana.

106 Artículo XXX del Proyecto de Declaración Americana.

107 Artículo XXX del Proyecto de Declaración Americana.

108 Artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994. Asimismo, el artículo 57, inciso 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 señala que los pueblos indígenas participan en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos renovables que se hallen en sus tierras. Véase también el Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

109 Artículo 2, inciso IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Aquí se establece además la necesidad de incorporar en los referidos planes sus recomendaciones y propuestas, de ser el caso, así como la obligación de la Cámara de Diputados del Congreso, los legisladores de las entidades federativas y los ayuntamientos de establecer las partidas pertinentes así como las formas y procedimientos para garantizar esta participación. El Artículo 57, inciso 16 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 por su parte, establece el derecho de las comunidades y pueblos indígenas de participar en los organismos oficiales que definen las políticas públicas que les concierne así como en el diseño de planes y programas que les compete.

110 Artículo 57, inciso 7 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Esta dispone la consulta previa, obligatoria, libre e informada a las comunidades indígenas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, participar en los beneficios que estas reporten y recibir indemnizaciones por los daños que se les ocasionen. También el Artículo 120 de la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 y el Artículo 330 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, que disponen la participación de las comunidades indígenas en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales que se encuentren en sus tierras. Véase también el Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

111 Artículo 57, inciso 17 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

112 OEA, op.cit., nota 73, Informe del Comité Jurídico Interamericano, páginas.16-17.

3.6 EL CONSENTIMIENTO

El término refiere a la manifestación de voluntad (ya sea tácita o expresa) de dos o más personas de suscribir a un acto jurídico. Respecto a un contrato, el consentimiento es la conformidad que las partes expresan sobre su contenido. También aparece como la autorización entregada por una persona a un acto que la otra no puede cumplir sin esta formalidad¹¹³.

El concepto de consentimiento que exigen algunos instrumentos jurídicos internacionales relativos a los pueblos indígenas se refiere al derecho de los pueblos indígenas, afectados por medidas gubernamentales y actividades de desarrollo, de participar en el proceso de toma de decisiones y expresar su voluntad respecto de las políticas concertadas, antes de la ejecución de planes o proyectos que puedan afectarles. En este sentido, se estaría imponiendo un deber al Estado, entidad encargada de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas, para asegurar que los actores privados - tal como las empresas - cumplan también con esta exigencia¹¹⁴.

a) El consentimiento en el Convenio 169 de la OIT

Tal como lo estableciéramos en la sección anterior, el Convenio 169 de la OIT presenta el consentimiento en el enunciado general de la consulta como una finalidad y no como un derecho, junto con la búsqueda de acuerdos del artículo sexto. De manera expresa, la única provisión que requiere un consentimiento "libre y en pleno conocimiento de causa" corresponde al caso de los traslados y reubicaciones, considerado como una medida excepcional¹¹⁵.

b) El consentimiento en la Declaración de las Naciones Unidas

La Declaración de Naciones Unidas por su parte invoca un derecho al consentimiento que tenga como características ser previo, libre e informado. Esta referencia hace parte de provisiones ligadas a los siguientes elementos:

- La situación de traslado de sus tierras y territorios¹¹⁶;
- La adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que les afectan¹¹⁷;
- El no almacenamiento y la eliminación de materiales peligrosos en sus territorios¹¹⁸;
- La aprobación de proyectos de desarrollo que afectan a sus tierras o territorios u otros recursos¹¹⁹;
- Como una referencia en casos de resarcimiento respecto a la privación de sus bienes o de las tierras, territorios y recursos que hayan sido tomados sin su consentimiento¹²⁰.

Varios órganos de la Organización de Naciones Unidas, entre ellos la Organización Internacional del Trabajo, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo, se han pronunciado sobre los requisitos que la noción de consentimiento comprende¹²¹.

"Libre": implica la ausencia de coerción, intimidación o manipulación¹²².

113 Dictionnaire de droit privé el Lexiques bilingues, Deuxième édition, Editions Yvon Blais Inc., 1991, p. 123.

114 UN, UNDG Guidelines on Indigenous Peoples Issues, New York, 2008, p.21..

115 Artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

116 Artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas.

117 Artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas.

118 Artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

119 Artículo 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

120 Artículo 11.2 y 26.1 de la Declaración de Naciones Unidas.

121 Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisión, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2, 2011, pp.13-16;; UNPFII, Desarrollo económico y social, medio ambiente y consentimiento libre, previo e informado, Análisis preparado por la secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Doc. ONU E/C.19/2011/13, Consejo Económico y Social, 2011, párr.30; UNDG Guidelines, op.cit., nota 114 , p. 13.

122 UNPFII, Informe del Seminario Internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Consejo Económico y Social, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 2005, párr. 46, p. 13; UNDG Guidelines, op.cit., nota 114, p.21.

“Previo”: es decir con suficiente antelación antes de realizar la actividad relacionada con la decisión¹²³.

“Informado”: significa que los pueblos indígenas cuenten con una información clara y precisa sobre todos los hechos y cifras relevantes¹²⁴, que reviste una forma comprensible en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente y que tiene en cuenta sus tradiciones orales¹²⁵.

La información proporcionada por el Estado debe incluir como mínimo los siguientes elementos:

- a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto;
- b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad;
- c. La duración de lo que antecede;
- d. Los lugares de las zonas que se verán afectados;
- e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluido los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas);
- g. Los procedimientos que puede entrañar el proyecto¹²⁶.

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU impone el consentimiento de los pueblos indígenas en las cuestiones que revisten “una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar” a la luz de los siguientes factores: “el punto de vista de esos pueblos indígenas, la naturaleza de la actividad propuesta y su repercusión, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión”¹²⁷.

Por su parte el Relator Especial de la ONU James Anaya propone algunos criterios para determinar aquellos proyectos que puedan causar impactos mayores: “i) la pérdida de territorios y tierra tradicional, ii) el desalojo, iii) la migración y el posible reasentamiento, iv) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, v) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, vi) la desorganización social y comunitaria, vii) impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración, o viii) abuso y violencia”¹²⁸.

En todos los casos, el “consentimiento” exige que los pueblos indígenas comprendan cabalmente y razonablemente el significado y las consecuencias, y los acepten¹²⁹ manifestando su acuerdo explícitamente¹³⁰. El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU precisa que el consentimiento libre, previo e

123 UNPFII, Id. párr. 46, p. 13.

124 OIT, “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica, op.cit. nota 76, p.98; OIT, “ILO Convention on Indigenous and tribal peoples”, op.cit. nota 78, p.44.

125 UNPFII, op.cit., nota 122, párr.48, p. 14; Consejo de Derechos Humanos, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, op.cit., nota 80, párr.23.

126 UNPFII, Id. párr.46, p. 13.

127 Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, op.cit., nota,121 párr.23.

128 “Estos criterios fueron mencionados en el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen y retomados por la Corte Interamericana en el Caso del Pueblo Saramaka”, María Clara Galvis Patiño, “Consulta, Consentimiento y Veto”, APORTE DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), p.11.

129 OIT, “Una Guía”, op.cit., nota 76, p. 53; OIT, “A Manual”, op.cit., nota 78, p.53; UNPFII, Doc. E/C.19/2005/3, op.cit., nota 122, párr. 48.

130 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, op.cit. nota 75, par. 15

informado es un principio evolutivo y su ulterior desarrollo debería adaptarse a diferentes realidades¹³¹. La violación de cualquiera de los requisitos metodológicos puede conducir a la revocación del consentimiento prestado¹³². Además, según la interpretación de la OIT, los pueblos indígenas pueden negarse a dar su consentimiento¹³³.

Cabe señalar que en ningún caso las disposiciones del Convenio o de la Declaración implican que las comunidades tengan un poder de veto¹³⁴. Según la OIT cuando un Estado pruebe que ha cumplido con los requisitos para conseguir el consentimiento y que no lo obtiene, para proceder a la iniciativa deberá demostrar que los derechos de los pueblos indígenas interesados están adecuadamente protegidos y adoptar las medidas adecuadas para mitigar los impactos negativos del proyecto propuesto (pasos, procedimientos, compensación, etc.)¹³⁵. Por su parte el Relator Anaya rescata la importancia del acuerdo mutuo aceptable y el momento en que se deben tomar las decisiones de las medidas propuestas.

"Esta provisión de la Declaración no debe ser considerada como acordando un derecho general de veto respecto a las decisiones que pueden afectarlos pero el establecimiento del consentimiento debe ser el objetivo de las consultas con los pueblos indígenas. En este contexto, el Convenio de la OIT prevé que las consultas sean hechas "con el objetivo de llegar a un acuerdo o consentimiento respecto a la medida propuesta (art.6 par.2). La diferencia en el lenguaje sugiere un mayor énfasis respecto a la necesidad de consultar por medio de negociaciones hacia un acuerdo mutuo aceptable, previo a las decisiones respecto a las medidas propuestas, en lugar de consultas ligadas a mecanismos que provean los pueblos indígenas con información sobre decisiones que han sido tomadas o en el proceso de su toma, sin permitirles de manera genuina influir el proceso de toma de decisión"¹³⁶.

c) El consentimiento en el sistema interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la realización de proyectos que les puedan afectar, una vez realizada la consulta en el contexto de la extracción de recursos naturales¹³⁷.

131 UNPFII, *op.cit.*, nota 138, párr.42.

132 UNPFII, *id.*; Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *op.cit.*, nota 122, párr.25.

133 OIT, "Una Guía", *op.cit.*, nota 92, p. 53.

134 Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/12/34, *op.cit.*, nota 91, párr. 46.

135 OIT, "A Manual", *op.cit.*, nota 78, p.53; AGNU, *Droits des peuples autochtones. Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones*, Doc. ONU A/66/288, 2011, p.19 párr. 86.

136 ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *op.cit.*, nota 75, párr. 44.

137 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, *op.cit.* nota 30, Párr. 134.



Marco Antonio Ríos Macías

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

La Corte Interamericana establece como una obligación la obtención del consentimiento en la sentencia interpretativa del caso mencionado en los siguientes términos¹³⁸:

"el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones. La Corte Interamericana ha exigido la participación y el consentimiento informado en los procesos de demarcación, incluyendo aquellos que involucren comunidades indígenas vecinas".

Una referencia al consentimiento en el Proyecto de Declaración Americana es presentada en la sección sobre la consulta.

3.7 LAS REPARACIONES

En el Derecho Internacional este principio corresponde a un remedio frente al incumplimiento de un compromiso u obligación internacional por parte de un Estado. La reparación es considerada como un suplemento indispensable frente a la inobservancia de una convención, y por lo tanto no requiere que esto sea establecido en la misma¹³⁹. La obligación impuesta está gobernada por el derecho internacional independientemente de las provisiones domésticas¹⁴⁰. El profesor Malcolm M. Shaw citando la decisión *Fábrica Chorzów* subraya el principio ahí contenido además de retomar el artículo 31 de la Convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados:

*"toda violación de un compromiso implica obligación de reparar en forma adecuada; (...) la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido"*¹⁴¹.

En el ámbito de las relaciones internacionales, el artículo 34 de la Convención sobre la responsabilidad internacional de los Estados reconoce tres formas de reparar un hecho ilícito internacionalmente: la restitución, la indemnización y la satisfacción. La restitución tiene por objeto restablecer la situación que existiera antes de la comisión del hecho ilícito, la indemnización pretende establecer las pérdidas, daños (tanto materiales como inmateriales) y perjuicios causados. Finalmente, la satisfacción corresponde a la compensación no monetaria, incluyendo disculpas oficiales, castigo de oficiales o reconocimiento formal del carácter ilícito del acto¹⁴².

138 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 185, párr. 17.

139 *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) edited by John P. Grant and J. Craig Barker, p. 515.

140 Malcolm M. Shaw, *International Law*, Sixth Edition, p. 802.

141 *Id.*, p. 801.

142 *Id.*, p. 801-805. Ver también Alonso GÓMEZ-ROBLEDO, "Aspectos de la Reparación en Derecho Internacional" (1978) *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

Es posible que el ilícito tenga un efecto directo sobre un Estado o que la víctima sea un particular, en cuyo caso el Estado asume la causa del nacional suyo perjudicado por hecho ilícito de otro Estado.

"Los derechos o intereses de un particular a quien se ha infringido un daño a resultas de su vulneración, están siempre en un plano distinto al de los derechos del Estado, que también pueden haber sido vulnerados por el mismo hecho. Por tanto, el daño sufrido por un particular no es nunca de la misma clase que el daño sufrido por un Estado y puede tan sólo proporcionar una escala adecuada para el cálculo de la reparación debida al Estado"¹⁴³.

a) Las reparaciones en el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 ha optado por dos de las tres formas de reparación aceptadas por el derecho internacional, la indemnización y la satisfacción. Al respecto, el artículo 15 del Convenio impone "una indemnización equitativa" por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades que impliquen prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras; mientras que el artículo 16 requiere una indemnización en dinero o en especie como un remedio por traslado o reubicación. Y en todos los casos exige indemnizar "plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento".

b) Las reparaciones en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce las tres figuras mencionadas en la parte introductoria de este concepto como formas de reparación. Sin embargo, la provisión sobre "bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales" establecida en el artículo 11 prevé únicamente la restitución.

En lo relativo a las tierras, territorios y recursos tradicionales poseídos, ocupados o utilizados, el artículo 28 englobaría todas las formas de reparación puesto que exige la restitución de manera prioritaria y alternativamente la indemnización monetaria u de otra naturaleza, cuando "hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado".

Finalmente, la reparación justa y equitativa está prescrita por los artículos 20 y 32. El artículo 20 se refiere a las situaciones en que los pueblos indígenas han sido desposeídos de los medios necesarios para su subsistencia; mientras que el artículo 32 hace alusión a la reparación respecto a actividades que afecten el desarrollo o la utilización de las tierras, territorios o recursos de los pueblos indígenas. Por su parte, el artículo 40 refiere a "reparación efectiva" respecto de la violación de los derechos colectivos o individuales de los pueblos indígenas.

c) Las reparaciones en el sistema interamericano

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a la restitución de las tierras ancestrales perdidas, aceptando como forma alternativa la compensación en aquellos casos que resulte imposible realizar la restitución de las tierras originales.

"Una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama"¹⁴⁴.

"La Corte considera que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek es la medida de reparación que más se acerca a la restitución in integrum, por lo que dispone que

143. Fábrica Chorzów, Alemania contra Polonia, CPJIL, 13 de septiembre de 1928, párrafo 68.

144. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamara Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit., nota 65, párr. 135.

el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce¹⁴⁵.

“Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas¹⁴⁶.”



En todos los casos, la Corte estipula que los Estados deben otorgar las garantías necesarias para permitir solicitar las reivindicaciones de tierras ancestrales como garantía de su derecho a la propiedad comunal¹⁴⁷.

Como ya lo veremos en el análisis del derecho al desarrollo, una forma de compensación en el contexto de la implementación de planes y proyectos de inversión y desarrollo ligados a concesiones extractivas de recursos que se encuentran dentro del territorio indígena ha sido la participación de la colectividad en los beneficios.

El proyecto de Declaración Americana propone un derecho a reparación que incluye la indemnización justa y equitativa en caso de no poder proceder a la restitución de “cualquier patrimonio cultural que [los pueblos indígenas] hayan sido privados sin el consentimiento libre, previo e informado”¹⁴⁸. También se prevé la reparación en casos de perjuicios ocasionados por conflictos armados¹⁴⁹ o violación de derechos colectivos e individuales¹⁵⁰.

3.8 LA NO DISCRIMINACIÓN

La no discriminación constituye un principio fundamental, básico, general e intrínseco a la protección internacional de los derechos humanos.

En la Carta de la OEA los Estados miembros “proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”¹⁵¹. El artículo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el deber de los Estados parte de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas sin discriminación alguna.

Por su parte, la Carta Democrática Interamericana hace un reconocimiento de la relevancia que tiene la eliminación de toda forma de discriminación, étnica y racial, de las diversas formas de intolerancia y la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, como elementos necesarios en el fortalecimiento de la democracia¹⁵².

En la Organización de Naciones Unidas, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) promueve iniciativas tendientes a conciliar las particulares histórico-culturales de cada pueblo por considerar que la discriminación contra los indígenas, afro latinos, afro caribeños tiene por base principalmente la pertenencia a una cultura diferente, “basada exclusivamente en su distinción racial, étnica y cultural”¹⁵³.

145 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 281.

146 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yáike Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costa. op.cit., nota 23, párr. 149.

147 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yáike Axa Vs. Paraguay, id., párr.90.

148 Artículo XII

149 Artículo XXX

150 Artículo XXXIII

151 Artículo 3, I

152 Artículo 9

153 CEPAL, Discriminación étnica y cultural (algunas razones para mediar), pp.3-4

a) La no discriminación en el Convenio 169 de la OIT

El Convenio 169 de la OIT consagra el principio de la no discriminación de los pueblos indígenas en su artículo tercero, el cual establece el goce pleno de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin discriminación alguna. El Convenio incluye también una protección a los pueblos indígenas respecto de los derechos generales de ciudadanía, en su artículo cuarto.

Existen provisiones destinadas a proteger a los pueblos indígenas en el plano laboral y en materia de educación. En materia laboral, el Convenio insta a los gobiernos a evitar cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores pertenecientes a pueblos indígenas y los demás trabajadores, además de extender los regímenes de seguridad social a los pueblos indígenas sin discriminación alguna¹⁵⁴. En materia de educación el artículo 26 obliga a garantizar una educación a los miembros de los pueblos indígenas a todos los niveles.

b) La no discriminación en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

Por su parte, La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas establece preceptos a favor de la libertad e igualdad de todos los pueblos e individuos indígenas, quienes no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos.

La Declaración previene contra todo tipo de discriminación que resulte del derecho de los pueblos e individuos a pertenecer a una comunidad o nación e impone la adopción de medidas eficaces para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia¹⁵⁵.

Asimismo, la Declaración de la ONU promueve la no discriminación en materia de educación, acceso a la información y condiciones económicas y sociales, incluyendo la seguridad social, la salud, el empleo, la vivienda y el saneamiento.

La Declaración formula una preocupación particular a favor de los ancianos, mujeres, jóvenes, niños y personas indígenas con discapacidad.

c) La no discriminación en el sistema interamericano

La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto a la necesidad de adoptar por parte de los países "medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio" del principio de igualdad y no discriminación:

"La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales"¹⁵⁶.

El Proyecto de Declaración Americana proscribe la discriminación en diversos ámbitos de la vida nacional, incluidos los relacionados con la educación, salud, trabajo, administración, justicia (protección y beneficio de la ley). Adicionalmente, el proyecto exige que no se discrimine al momento de interpretarlo y aplicarlo¹⁵⁷.

http://www.eclac.org/mujer/publicaciones/sin/sigla/xml/9/6829/discriminacion_PDF

154 Artículos 20 y 24

155 Artículos 21, 22 y 24

156 Corte IDH, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 201.

157 (ver los artículos VII, VIII; XI, XIV, XVII, XX, XXI, XXVII y XXXVII) del Proyecto de Declaración Americana

En junio de 2013, la Asamblea General adoptó dos instrumentos interamericanos que dotan al sistema interamericano de un mecanismo de prevención y seguimiento, además de eliminar, prohibir y sancionar el racismo, la discriminación racial y toda forma conexa de discriminación:

- La Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia;
- Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia.

3.9 EL DERECHO AL DESARROLLO

La Carta de la OEA cuenta entre sus principios fundamentales la búsqueda del “desarrollo integral” que incluya los campos económico, social, cultural, científico y tecnológico. En este sentido, la Carta de la OEA reconoce la importancia que tiene la democracia representativa como condición indispensable para la paz y el desarrollo; la consolidación de un régimen de libertad individual y de justicia social¹⁵⁸. El desarrollo está condicionado a varios elementos, entre los cuales destacan, la erradicación de la pobreza crítica como obstáculo al desarrollo democrático y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo¹⁵⁹. Las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas han promovido políticas y programas de desarrollo integral y sostenible.

La Organización de las Naciones Unidas considera el derecho al desarrollo como un derecho humano inalienable¹⁶⁰. De hecho, la Declaración y Programa de Acción de Viena proclaman que la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente¹⁶¹. Asimismo se indica que la “falta de desarrollo no puede invocarse como justificación para limitar los derechos humanos internacionalmente reconocidos”¹⁶².

El debate principal gira en torno al tipo de desarrollo, puesto que todos los actores se acuerdan en que el objetivo sea el progreso económico y la creación de condiciones que garanticen una vida digna¹⁶³.

“Las estadísticas de las Naciones Unidas muestran que los mayores beneficios de la mundialización los recoge un pequeño grupo de países afortunados. Los países menos adelantados del mundo, donde vive un 10% de la población mundial, participan únicamente en el 0,3% del comercio mundial —cifra que representa la mitad de la proporción de hace dos decenios”.

Los avances logrados en el último tiempo se deben en gran medida a la integración de la promoción de los derechos humanos en los esfuerzos de búsqueda del desarrollo¹⁶⁴.

“Según la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Sra. Mary Robinson, los derechos humanos aportan a los debates sobre el desarrollo un conjunto unificador de normas, una referencia común para el establecimiento de objetivos y la evaluación de las medidas adoptadas”.

a) El desarrollo en el Convenio 169 de la OIT

Como se ha visto en la sección relativa al derecho a la consulta, el Convenio 169 de la OIT hace referencia al derecho que tienen los pueblos indígenas de decidir sus prioridades en lo concerniente al proceso de desarrollo, y al deber que tienen los gobiernos de prestar apoyo a éstos pueblos en el mencionado proceso¹⁶⁵.

158 Carta de la OEA, artículos 2, 33, 34 35, 36, 37 y 45; Carta Democrática Interamericana, párrafo 6 del preámbulo, art. 13, 15 16; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26; Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, considerando 1; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.

159 Preambulo de la Carta de la OEA, párrafos 2 y 3.

160 Declaración sobre el derecho al desarrollo Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

161 Artículo 8 de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

162 Artículo 10 de la Declaración y Programa de Acción de Viena.

163 ONU, El derecho al desarrollo. <http://www.un.org/spanish/hr/SD/qpi19377.htm>.

164 Id.

165 Artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio de la OIT consagra la importancia de las actividades tradicionales de los pueblos indígenas para el desarrollo de los mismos, instaurando el deber que tienen los gobiernos de fortalecer y fomentar dichas actividades¹⁶⁶.

b) El desarrollo en la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas por medio del principio de la libre determinación concede a los pueblos indígenas el derecho a perseguir “libremente su desarrollo económico, social y cultural”¹⁶⁷.

Este instrumento fomenta un desarrollo sostenible y equitativo que sea conforme a las propias necesidades e intereses de los pueblos indígenas. Adicionalmente reconoce la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo así como el derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos. En este contexto, los Estados deben adoptar programas para asegurar dicha conservación y protección¹⁶⁸.

Adicionalmente, la Declaración de la ONU promueve el goce y disfrute de los “propios medios de subsistencia y desarrollo de los pueblos indígenas”¹⁶⁹ y el derecho de estos últimos a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y recursos¹⁷⁰.

c) El desarrollo en el sistema interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado la importancia de la protección de los recursos naturales que los pueblos han utilizado tradicionalmente y la vinculación con el desarrollo de los mismos¹⁷¹. En este sentido, la Corte ha impuesto como elemento fundamental el derecho de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones respecto de sus instituciones representativas y sus valores, usos y costumbres¹⁷².

Como ya lo expresáramos previamente, la Corte ha exigido la obtención del consentimiento por parte de los involucrados en proyectos de desarrollo o de inversión a gran escala¹⁷³.

De igual manera, la Corte ha dispuesto que planes o proyectos de desarrollo o de inversión deben ser implementados en la medida que los derechos de propiedad comunal sean identificados y garantizados¹⁷⁴.

“Hasta tanto no se lleve a cabo dicha delimitación, demarcación u otorgamiento de título colectivo respecto del territorio Saramaka, Surinam debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la

166 Artículo 23 del Convenio 169 de la OIT.

167 Manual básico sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, op.cit., nota 19.

168 Preamble y Artículo 29 de la Declaración de la ONU.

169 Artículo 20 de la Declaración de la ONU.

170 Artículo 32 de la Declaración de la ONU.

171 “De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo”. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit. nota 30., párr. 122.

172 “El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural” Corte IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, op.cit., nota 65, párr.232.

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

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, op.cit. nota 30., párr. 134.

174 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Id., párr. 194(a).

existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo".

En el contexto de la implementación de planes y proyectos de inversión y desarrollo ligados a concesiones extractivas, el Estado puede restringir el derecho del uso y disfrute de recursos que se encuentran dentro del territorio indígena si garantiza participación efectiva y beneficios de la colectividad involucrada, una vez se hayan realizado los estudios de impacto requeridos¹⁷⁵:

"En virtud de todas las consideraciones mencionadas, la Corte concluye lo siguiente: primero, que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías".

Estos requisitos serían aplicables respecto a recursos naturales utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas, como en los casos en que el proyecto afecte otros recursos naturales críticos para su supervivencia física y cultural¹⁷⁶.

"Sin embargo, como se mencionó anteriormente (supra párrs. 126-129), dado que toda actividad minera especializada en el oro dentro del territorio Saramaka afectará, inevitablemente, a otros recursos naturales necesarios para la subsistencia de dicho pueblo, como los canales navegables, por ejemplo, el Estado tiene el deber de consultar al pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, respecto de toda concesión minera propuesta dentro del territorio Saramaka, permitir la participación de los miembros del pueblo en los beneficios que se deriven de dicha posible concesión y realizar o supervisar un estudio previo de impacto ambiental y social. El mismo análisis se aplica respecto de otras concesiones dentro del territorio Saramaka que involucren recursos naturales que los miembros del pueblo no han utilizado tradicionalmente, pero que su extracción afectaría, inevitablemente, otros recursos que son vitales para su modo de vida".

El Proyecto de Declaración Americana promueve el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas como tales así como de los aspectos que conforman sus formas de vida, patrimonio cultural y cosmovisión, incluyendo el derecho a determinar libremente su desarrollo político, económico, social y cultural. Adicionalmente, se exige el consentimiento previo, libre e informado o el acuerdo de los pueblos correspondiente respecto de todas las medidas que les afecten¹⁷⁷.

3.10 OTROS DERECHOS

En esta sección hemos incorporado las bases jurídicas que sustentan otros derechos que consideramos transversales para los pueblos indígenas:

- Salud
- Educación
- Empleo
- Conocimiento tradicional
- Administración de justicia

175 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Id., párr. 158.

176 Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Id., párr. 155.

177 Artículos III y XXIX del Proyecto de Declaración Americana.

Salud

El Convenio 169 de la OIT por medio del artículo 25 requiere de los gobiernos poner a disposición “servicios de salud adecuados que proporcionen el máximo nivel posible de salud física y mental”. Los servicios deben organizarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta las prácticas curativas y medicamentos tradicionales. También se requiere coordinar dichos servicios de salud con las medidas que se tomen a nivel nacional. Es importante constatar que esta disposición contiene elementos relativos a la seguridad social.

Por su parte, la Declaración de la ONU contiene disposiciones que protegen la salud de los niños¹⁷⁸; instan al mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de los pueblos indígenas¹⁷⁹; prevén la participación directa de estos últimos en la elaboración y determinación de programas de salud¹⁸⁰; otorgan el derecho a las medicinas tradicionales y prácticas culturales en materia de salud¹⁸¹; y requieren la puesta en marcha de programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por materiales peligrosos¹⁸².

El Proyecto de Declaración Americana establece provisiones sobre el derecho a la salud y al acceso para los pueblos indígenas a los servicios disponibles para toda la población. También se prevé la práctica de los propios sistemas de salud, incluyendo el uso de recursos animales y minerales. Se prohíbe la investigación o experimentación, sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos. También existen provisiones sobre la salud en el área laboral y en asuntos ligados a la autonomía¹⁸³.

Educación

El Convenio 169 promueve la educación a todos los niveles y en pie de igualdad con el resto del país¹⁸⁴, además de tener en cuenta las necesidades particulares de los pueblos indígenas, incluyendo el reconocimiento de sus propias instituciones y medios de comunicación¹⁸⁵, la enseñanza de la escritura y lectura en su propia lengua (cuando sea viable), además de brindarles la oportunidad de dominar la lengua oficial del país¹⁸⁶. Se promueven los conocimientos generales a los niños para que participen plenamente en la vida comunitaria y nacional¹⁸⁷, difusión de los derechos y obligaciones¹⁸⁸, y la adopción de medidas para eliminar los prejuicios¹⁸⁹.

La Declaración de la ONU reconoce el derecho de los pueblos indígenas a establecer y controlar su sistema e instituciones docentes en que la educación sea impartida en sus propios idiomas y en respeto de sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje, incluyendo el derecho a la educación en todos los niveles y para las personas indígenas que viven fuera de sus comunidades. Se imponen medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra todo trabajo que pueda interferir en su educación, y se reconoce la importancia de la educación como una forma de empoderamiento¹⁹⁰. También se concede el derecho a ver reflejadas en la educación las culturas, tradiciones, historias y aspiraciones¹⁹¹. Al igual que en materia de salud se insta al mejoramiento de las condiciones sociales y económicas de los pueblos indígenas¹⁹².

En algunos países, se considera que la educación intercultural es el medio para dar reconocimiento a las culturas indígenas en el sistema educativo¹⁹³.

178 Artículo 17 del Convenio 169 de la OIT.

179 Artículo 21 del Convenio 169 de la OIT.

180 Artículo 23 del Convenio 169 de la OIT.

181 Artículo 24 del Convenio 169 de la OIT.

182 Artículo 29 del Convenio 169 de la OIT.

183 Artículos XVII, XX y XXVII del Proyecto de Declaración Americana.

184 Artículo 26 del Convenio 169 de la OIT.

185 Artículo 27 del Convenio 169 de la OIT.

186 Artículo 28 del Convenio 169 de la OIT.

187 Artículo 29 del Convenio 169 de la OIT.

188 Artículo 29 del Convenio 169 de la OIT.

189 Artículo 30 del Convenio 169 de la OIT.

190 Artículo 17 de la Declaración de la ONU.

191 Artículo 18 de la Declaración de la ONU.

192 Artículo 21 de la Declaración de la ONU.

193 ONU, Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, pág. 22.

<http://www.un.org/popin/cpd/conference/oftspa/sconf13.html>, pág. 23.

Otras dos fuentes jurídicas sobre el reconocimiento al derecho a la educación y a la educación de calidad son la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960; y el Convenio sobre los derechos del niño.¹⁹⁴

En materia de educación, el Proyecto de Declaración Americana dota a los pueblos y personas con un derecho a todos los niveles de educación, incluyendo medidas para que los niños que viven fuera de sus comunidades tengan acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas. También prevé el derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes y la promoción de currícula que refleje la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades.¹⁹⁵

Empleo

El Convenio 169 de la OIT desarrolla en su tercera parte los elementos que deben hacer parte de la contratación y de las condiciones de empleo de los pueblos indígenas. Se prevé la adopción de medidas especiales para otorgar una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, se debe también evitar la discriminación respecto al acceso, promoción y ascenso, remuneración, asistencia médica y social, y el derecho de asociación incluyendo las actividades sindicales. En todos los casos las personas indígenas deben gozar de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo, no estar sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas, o condiciones de trabajo peligrosas para su salud.¹⁹⁶ Cabe señalar que en la cuarta parte, que incluye los artículos 21 a 23, el Convenio releva la situación de la formación profesional sujeta al respeto de las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Adicionalmente se deberá reconocer las actividades tradicionales relacionadas a la economía de subsistencia como “factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos (la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección)”. Cabe señalar que la Organización Internacional del Trabajo dispone de otros dos instrumentos que sirven de guía en esta materia, el Convenio No. 29 de la OIT y el Convenio No. 111 de la OIT.

La Declaración de la ONU hace un llamado al respeto de todos los derechos de los individuos y pueblos indígenas establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable. También se solicita tomar las medidas contra la explotación económica y todo trabajo que pueda resultar peligroso o intervenir en la educación de los niños, y contra todo tipo de imposición de condiciones discriminatorias de trabajo, relativas al empleo como al salario para las personas indígenas.¹⁹⁷

Conocimientos tradicionales

La Declaración de la ONU reconoce la contribución de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas al “desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”. La Declaración otorga a los pueblos indígenas un derecho a “mantener, controlar, proteger y desarrollar” su patrimonio cultural y la propiedad intelectual de dicho patrimonio. Este patrimonio estaría compuesto por “sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas”.¹⁹⁸

Al respecto, la ONU recomienda crear regímenes jurídicos específicos para asegurar que los pueblos indígenas puedan beneficiarse de su propio conocimiento e impedir su uso ilícito. También llama a crear espacios para alentar a los individuos y grupos sociales en el proceso de creación, producción y promoción de sus expresiones

194 Artículo 21 de la Declaración de la ONU.

195 Artículo XIV del Proyecto de Declaración Americana.

196 Artículo 20 del Convenio 169 de la OIT.

197 Artículo 17 de la Declaración de la ONU.

198 Artículo 31 de la Declaración de la ONU.

culturales, respetando las circunstancias y necesidades específicas. Finalmente, que las mismas comunidades tengan un espacio para mantener y transmitir su patrimonio inmaterial¹⁹⁹.

En el Proyecto de Declaración Americana los conocimientos tradicionales se insertan en la protección, reconocimiento y respeto a la propiedad intelectual de los pueblos indígenas. La protección incluiría la adopción de medidas por parte de los Estados respecto de acuerdos y regímenes nacionales o internacionales con participación de los pueblos indígenas por medio de consultas encaminadas a obtener su consentimiento²⁰⁰.



Administración de justicia

El Convenio 169 de la OIT insta a tomar en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario al aplicar las leyes, al mismo tiempo que otorga a los pueblos indígenas el derecho a “conservar sus costumbres e instituciones” siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales²⁰¹. Asimismo, el Convenio requiere que los Estados tomen las medidas para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales, permitiendo la asistencia de intérpretes si fuere necesario²⁰².

La Declaración de la ONU prevé un par de disposiciones similares al Convenio 169, puesto que permite a los pueblos indígenas la posibilidad de que “puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas”, y la posibilidad de utilizar servicios de interpretación u otros medios adecuados cuando sea necesario²⁰³. La Declaración también permite “promover, desarrollar y mantener” sus estructuras institucionales siempre que estén de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos²⁰⁴. A su vez, la Declaración se pronuncia sobre la situación de conflictos y controversias entre los pueblos indígenas y los Estados instando a una pronta decisión en que las reparaciones sean efectivas y tengan en cuenta las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos, tanto individuales como colectivos²⁰⁵.

Finalmente, el Proyecto de Declaración Americana propone integrar los aportes de los sistemas legales de los pueblos indígenas en los asuntos relacionados con los pueblos indígenas, y en particular los planes, políticas públicas, programas y acciones que les afecten o les puedan afectar directamente²⁰⁶.

Este es un tema complejo en que intervienen elementos ligados al acceso a la justicia ordinaria en que se respeten las especificidades de los pueblos indígenas y la implementación de normas que faciliten y reconozcan la justicia tradicional.

u

199 *Id.*, pág. 20.

200 Artículo XXVIII del Proyecto de Declaración Americana. Los siguientes instrumentos jurídicos también son pertinentes en el estudio de esta temática: la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Artículo 7; la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, Artículo 15; la Convención sobre la diversidad biológica, Artículos 8j, 10c, 15; y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, Artículo 27.

201 Artículo 8 del Convenio 169 de la OIT.

202 Artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

203 Artículo 13 de la Declaración de la ONU.

204 Artículo 34 de la Declaración de la ONU.

205 Artículo 40 de la Declaración de la ONU.

206 Artículo 22 del Proyecto de Declaración Americana.