



Organización de los
Estados Americanos

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

**LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
PRINCIPIOS BÁSICOS**



Organización de los
Estados Americanos

Departamento de Derecho Internacional
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Organización de los Estados Americanos
1ª Edición. Washington D.C. 20006
www.oas.org/dil
dil@oas.org



ISBN 978-0-8270-5664-8

Producido por ASPI (OCMA) TDS



Organización de los
Estados Americanos

**LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
PRINCIPIOS BÁSICOS**

OAS Cataloging-in-Publication Data

Manual del sistema de marco lógico – Estudio de caso y ejemplos relacionados a la temática indígena: Principios básicos / [Preparado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA].

p. ; cm. (OEA Documentos Oficiales; OEA/Ser.D/XIX.8.1).
ISBN 978-0-8270-6091-3

1. Project management--Handbooks, manuals, etc. 2. Project management--Case studies. 3. Indigenous peoples--Civil rights--America.
- I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. Department of International Law.
- II. Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas de las Américas. III. Cutler, Yacquire. IV. Montalván, George Plinio. V. Series.

OEA/Ser.D/XIX.8.1

Compilación y edición: **Millicenia Abrams** y **Francisco Plinio** abogados del Departamento de Derecho Internacional de la OEA.

Diseño gráfico: **Sebastián Vicentini**, diseñador del Departamento de Conferencias de la OEA. Copyright © 2013. Reservados todos los derechos al Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Esta publicación puede reproducirse o transmitirse solamente cuando se haga referencia a esta fuente original.

Impreso en los Estados Unidos de América.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
CAPÍTULO 1	
La Organización de los Estados Americanos y su Trabajo con los Pueblos Indígenas	
<i>por Luis Toro Utrillano</i>	9
1. ANTECEDENTES	9
1.1 Los Congresos Hispanoamericanos	9
1.2 Las Conferencias Internacionales Americanas y la Unión Panamericana	10
1.3 La Incorporación de la Temática Indígena en el origen del Sistema Interamericano	11
2. INTRODUCCIÓN A LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS	17
2.1 Membresía, Voto y Votaciones	18
2.2 Los Órganos	18
2.3 Los Principios Rectores	21
2.4 Áreas Temáticas	23
CAPÍTULO 2	
La Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA	
<i>por Luis Toro Utrillano</i>	27
1. INTRODUCCIÓN	27
2. LA SOCIEDAD CIVIL EN LA OEA	27
3. EL REGISTRO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL	29
4. EL PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	31
4.1 La Evolución de la Participación de los Derechos Indígenas	31
4.2 El Fondo específico para facilitar la presencia de representantes indígenas	33
4.3 La Participación de los pueblos indígenas en las negociaciones	34
4.4 El Cónclave Indígena	34
4.5 La Metodología	35
4.6 Los Desafíos	35
5. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS CUMBRES DE LAS AMÉRICAS	36
5.1 Decisiones de las Cumbres de las Américas respecto de los Pueblos Indígenas	36

CAPÍTULO 3	
Normas de Derecho Internacional aplicables a la Temática Indígena	45
<i>por Luis Toro Utrillano</i>	
1. INSTRUMENTOS PRINCIPALES	45
1.1 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo	45
1.2 La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas	47
2. INSTRUMENTOS GENERALES	47
3. ANÁLISIS DEL ESTADO DEL DERECHO EN TEMAS PARTICULARES	54
3.1 Derechos Colectivos	54
3.2 Libre Determinación	56
3.3 Los Recursos Naturales	59
3.4 Las Tierras y Territorios	63
3.5 La Consulta	66
3.6 El Consentimiento	71
3.7 Las Reparaciones	74
3.8 La No Discriminación	76
3.9 El Derecho al Desarrollo	78
3.10 Otros Derechos	80
CAPÍTULO 4	
El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de Derechos Humanos	85
1. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	85
1.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
<i>por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)</i>	85
1.2 Requisitos para Presentar una Petición Ante el Sistema Interamericano	
<i>por Leonardo Alvarado</i>	97
1.3 La Corte Interamericana de Derechos Humanos	
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	102
CAPÍTULO 5	
La Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos Relacionada a la Temática Indígena	111
1. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO	111
<i>por Leonardo Alvarado</i>	
1.1 Los Derechos colectivos de Propiedad de los Pueblos Indígenas	112
1.2 El Derecho a la Consulta y el Consentimiento Previo, Libre e Informado bajo la Jurisprudencia del SIDH	116

1.3 El Acceso a la Justicia para los Pueblos Indígenas	119
1.4 El Derecho a la Vida	121
1.5 Participación Política de los Pueblos Indígenas	122
2. PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	125
<i>por Jorge Calderón Gamboa</i>	
2.1 Concepto de Propiedad Colectiva	127
2.2 Recursos Naturales- Pueblos Indígenas	128
2.3 Pueblo Indígena como Sujeto de Derecho ante la Corte	132
2.4 Vida Digna	133
2.5 Medidas Provisionales: Vida, Integridad Personal, Prevención de Recursos Naturales, Libre Circulación	134
2.6 Libertad de Asociación, Acceso a la Información y Utilidad Pública	136
2.7 Medidas de Reparación Integral	137
2.8 Supervisión e Implementación de las Sentencias	139
2.9 Desafíos Verdes para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	140
CAPÍTULO 6	
La Protección del Medioambiente y de la Identidad Cultural de los Pueblos Indígenas	143
1. NORMAS JURÍDICAS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	143
<i>por Dinah Shelton</i>	
1.1 Normas de Derechos Humanos	144
1.2 Normas Interamericanas	145
2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO	153
<i>Oswaldo Ruiz Chiriboga</i>	
2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos	157
2.2 La Interpretación de la CADH	158
2.3 El DIC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos	159
2.4 Libertad de Conciencia y Religión	160
2.5 Derecho a la Propiedad	165
2.6 Garantías Judiciales	166
2.7 Igualdad ante la Ley	167



Presentación

A Maestros Escribas que se han transformado en capacitadores.

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

Artículo 9 Carta Democrática Interamericana

Las normas a favor de la protección de los derechos de los pueblos indígenas han experimentado significativos desarrollos jurídicos internacionales en los últimos treinta años. En el marco interamericano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha adoptado resoluciones a favor de un proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; este tema también ha sido objeto de declaraciones y planes de acción por parte de los Jefes de Estado y de Gobierno del Hemisferio en las Cumbres de las Américas. De la misma manera, en el marco universal, la Organización de Naciones Unidas ha adoptado instrumentos convencionales y declarativos para proteger los derechos de las personas y los pueblos indígenas.

Estas valiosas normas no son necesariamente conocidas o divulgadas ampliamente entre los diversos actores del sistema, y en este contexto este volumen pretende explicar los desarrollos sobre los derechos de los pueblos indígenas en el plano internacional, tanto universal como regional, con especial énfasis en el trabajo de la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas por parte de la Organización de los Estados Americanos y sus órganos, organismos y entidades pertinentes.

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA presenta este volumen sobre el sistema interamericano en el marco del "Programa de acción del Departamento de Derecho Internacional de la OEA sobre los pueblos indígenas en las Américas", orientado a promover y fortalecer la participación de los pueblos indígenas de las Américas, en los distintos procesos internos e internacionales de toma de decisiones, sensibilizar a la sociedad en general sobre esta temática, capacitar a los representantes de los pueblos indígenas en diversas áreas que permitan el desarrollo integral de sus comunidades y también sensibilizar respecto a proyectos y actividades de la Organización.

En función de dicho Programa de Acción, el Departamento de Derecho Internacional, gracias al financiamiento del gobierno de Alemania (BMZ) a través de la Agencia Internacional de Desarrollo (GIZ), ha venido celebrando capacitaciones en Centroamérica y Sudamérica dirigidas a líderes indígenas, funcionarios públicos y miembros de organizaciones no gubernamentales, los cuales se han transformado en capacitadores por medio de réplicas organizadas en sus comunidades o lugares de trabajo.

Esta publicación procura sistematizar los distintos estándares de protección de los pueblos indígenas consagrados en variadas fuentes del derecho internacional, contribuir al mejor conocimiento del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos y proveer las herramientas necesarias para su utilización integral. De esta manera, esperamos poder fortalecer la participación de los pueblos indígenas en el plano nacional como hemisférico y facilitar los procesos nacionales de elaboración e implementación de normas, acciones y políticas públicas a favor de dichos pueblos.

Esta iniciativa del Departamento de Derecho Internacional es financiada por la (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), por encargo del Ministerio Federal Alemán para Cooperación Económica y Desarrollo (BMZ).

giz



Ministerio Federal de
Cooperación Económica
y Desarrollo



LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y SU TRABAJO CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Luis Toro Utillano*

Esta sección explica los orígenes del sistema interamericano a través de las decisiones de las primeras conferencias y congresos hemisféricos que permiten constatar los primeros desarrollos de las relaciones internacionales de la época. Se describen algunos principios e instituciones nacientes, haciendo énfasis en aquellos que conforman el legado del sistema que conocemos en nuestros días.

Asimismo, se proponen algunas precisiones respecto al espacio acordado al tema indígena, al incipiente indigenismo y a los pueblos y personas indígenas en dichos foros hemisféricos.

La presentación culmina con un análisis de la Organización de los Estados Americanos (OEA), su estructura orgánica además de los principios y valores que guían su actuar.

1. ANTECEDENTES

El relacionamiento de los Estados del hemisferio que conforman el sistema interamericano que conocemos en nuestros días encuentra sus raíces en el siglo XIX, al momento en que las nuevas repúblicas se hallaban en sus respectivos procesos para adquirir su independencia de las potencias europeas. En este contexto, se desarrollan los Congresos Hispanoamericanos y las Conferencias Internacionales Americanas.

1.1 Los Congresos Hispanoamericanos¹

Los *Congresos Hispanoamericanos* conglomeron a las nacientes repúblicas del hemisferio con el objeto de afianzar sus relaciones internacionales. En total, hubo seis congresos hispanoamericanos: el primero en Panamá, tres en Lima, uno en Washington y el último en Montevideo.

El primer congreso fue una iniciativa de Simón Bolívar en Panamá en 1826, en el cual participaron Colombia (que abarca en el día de hoy a las repúblicas de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela), Centroamérica (actuales cinco repúblicas centroamericanas), Perú y México. En la oportunidad, se adoptó el *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua* de 1826, pacto que buscaba “establecer una unión federativa, conjurar amenazas y defender la soberanía e independencia de todas y cada una de las potencias confederadas”. También se adoptó una disposición en favor de la abolición y extirpación del tráfico de esclavos de África².

* 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.

1 F. V. García Amador, *Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y otros documentos*, pp. 1-69.

2 Artículo 2 del *Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua* de 1826.

En el primer Congreso de Lima de 1847-1848 se adoptaron cuatro instrumentos destacándose el *Tratado de Confederación* que pretendía consolidar la unión. También se adoptó una Convención de Correos y un *Tratado de Comercio y Navegación*. Este Congreso adopta la doctrina del *uti possidetis juris* que validaba los límites que tenían las distintas dependencias de la metrópolis española al momento de la independencia.

Hubo un par de congresos regionales, el primero en Santiago el 15 de septiembre de 1856 que reunió a países emergentes de América del Sur, y otro en Washington D. C. que reunió a representantes de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nueva Granada (Colombia), Perú y Venezuela, el cual culminó con la adopción del *Tratado de Alianza y Confederación* que incorpora el concepto de Asistencia Recíproca.

En el segundo Congreso de Lima de 1864-1865, se adoptan dos nuevos tratados, uno en materia de defensa y otro de conservación de la paz. El tercer Congreso de Lima (1877-1880) buscaba armonizar las legislaciones de los diversos Estados. En la instancia se aprobó un tratado para establecer reglas uniformes en materia de derecho internacional privado, y un tratado de extradición.



Finalmente, el Congreso de Montevideo reunió a los países sudamericanos y aprobó ocho tratados y un protocolo.

Desde el punto de vista político, la nueva organización -que tomaba forma a la luz de los congresos y de los instrumentos adoptados- conformaba una integración de naturaleza confederativa, que buscaba consolidar un sistema de seguridad colectiva e imponer la solidaridad colectiva, además del respeto del principio de la no intervención y de la inviolabilidad del territorio nacional. También se vislumbra desde muy temprano la preocupación por métodos y procedimientos para el arreglo pacífico de controversias internacionales³.

1.2. Las Conferencias Internacionales Americanas y la Unión Panamericana

Las *Conferencias Internacionales Americanas* reunieron a gobiernos latinoamericanos y de Estados Unidos, y adoptaron instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, tales como tratados y resoluciones. Las Conferencias contaban con una secretaría permanente conocida como la *Unión Panamericana*, situada en Washington, D. C. en el mismo edificio que hoy abraza a la OEA⁴. La primera conferencia tuvo lugar en 1889 en Estados Unidos por iniciativa de dicho gobierno, y estuvo compuesta de los representantes diplomáticos latinoamericanos acreditados en Washington, D. C.

La IX Conferencia Internacional Americana celebrada el 30 de abril de 1948 en Bogotá, Colombia adopta instrumentos fundamentales en el sistema interamericano de nuestros días, tales como la Carta de la OEA (en vigencia desde 1951), el *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas* ("Pacto de Bogotá") y la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, entre otros⁵.

Previo a la adopción de la Carta de la OEA que precisamente crea esta organización internacional, el sistema interamericano se había dotado de órganos especializados en diversos temas. Los órganos precursores del sistema interamericano aparecen en los inicios del siglo XX:

3 F.V. García Amador, op. cit. nota 1, pp.29-57.

4 Dotación Carnegie Para la Paz Internacional, *Conferencias Internacionales Americanas (1889-1936)*, pp. xv-zvi.

5 Jean-Michel Arrighi, *La Organización de los Estados Americanos*, Editora Manole, p. 19.

- La *Unión Panamericana*, hoy la *Organización de los Estados Americanos (OEA)*.
- La *Organización Panamericana de la Salud* que surge como *Oficina Sanitaria Panamericana*, cuya primera asamblea data de 1902.
- El *Instituto del Niño* fue establecido en 1924, hoy se denomina *Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN)*.
- El *Banco Interamericano de Desarrollo* que dispone de una Convención abierta a la firma desde mayo de 1940.
- El *Comité Jurídico Interamericano*, órgano consultivo de la *Organización de los Estados Americanos* en materias jurídicas, cuyos orígenes remontan al año 1906.

1.3. La incorporación de la temática indígena en el origen del sistema interamericano

a) El tema indígena en las Conferencias Internacionales Americanas

Es posible constatar por lo menos cinco Conferencias Internacionales que adoptaron decisiones que implicaban aspectos sustantivos sobre la vida de los pueblos indígenas. Sus textos pertinentes son los siguientes:

• Quinta Conferencia Internacional Americana

Celebrada en Santiago en 1923

"... 3º Pedir a los gobiernos de las diversas naciones americanas que establezcan o estimulen en sus institutos superiores de enseñanza, el estudio de las respectivas lenguas aborígenes⁶..."

• Octava Conferencia Internacional Americana

Celebrada en Lima en 1938

"1º.- Los indígenas, como descendientes de los primeros pobladores de las Tierras Americanas, tienen un derecho preferente a la protección de las autoridades públicas para suplir la deficiencia de su desarrollo físico e intelectual, y en consecuencia, todo cuanto se haga para mejorar el estado de los indios será una reparación, por la incomprensión con que fueron tratados en épocas anteriores.

2º.- Como al presente, los núcleos indígenas, en los diversos países americanos presentan distintos grados de asimilación al medio social, debe ser propósito de todos los gobiernos desarrollar políticas tendientes a la completa integración de aquellos, a los correspondientes medios nacionales, reconociendo para el efecto los valores autóctonos positivos en orden material y espiritual, y procurando que la asimilación se efectúe dentro de normas que, respetando dichos aspectos valiosos, capaciten a la población aborígena para participar eficazmente y dentro de un concepto igualitario". Protección a los núcleos indígenas americanos (Resolución IX)⁷.

Dar especial atención a los "problemas de la mujer indígena" además de incluir, en la Conferencia Interamericana de Indigenistas prevista para el año 1949, delegaciones compuestas por "mujeres capacitadas para tratar los problemas que afectan directamente a la mujer indígena" (Resolución XII)⁸.

6 Dotación Carnegie Para la Paz Internacional, *Conferencias Internacionales Americanas (1889-1936)*, op. cit., nota 4, p. 241.

7 Dotación Carnegie Para la Paz Internacional, *Conferencias Internacionales Americanas. Primer suplemento (1938-1942)*, pp.28-29.

8 Id., p.29.

* Novena Conferencia Internacional Americana

Celebrada en Bogotá en 1948

"En los países en donde exista el "problema de la población aborigen" se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, acompañándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales, extractivas u otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños."(artículo 39 en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales)⁹.

* Décima Conferencia Internacional Americana

Celebrada en Caracas en 1954

"b) Que (los Estados miembros), en las campañas de Alfabetización, procuren prestar especial atención a las poblaciones indígenas, por las características que éstas presentan"¹⁰.

Como se puede apreciar, la mayoría de las resoluciones y declaraciones citadas presentan una visión paternalista que busca imponer políticas asimilacionistas, en lugar de proponer mecanismos para preservar los propios valores y visiones de los pueblos indígenas, salvo los casos que incentivan el estudio de dichos pueblos.

El profesor James Anaya haciendo referencia a la doctrina de la tutela y del positivismo que imperaba durante esos años constata que "el discurso jurídico internacional y sus procedimientos de toma de decisión terminaron apoyando a las fuerzas colonizadoras que destruyeron la capacidad de los pueblos indígenas para determinar su propio destino en condiciones de igualdad"¹¹.

Si bien hubo algunas voces que reconocían las características culturales propias de los pueblos indígenas y buscaban resolver las diversas situaciones de explotación y opresión, al final la corriente que imperó era la que consideraba a la población indígena como un obstáculo a la integración y la unidad nacional de los países latinoamericanos, así como al progreso y al desarrollo de las naciones en su conjunto¹².

En este contexto, el indigenismo pretendía "atender y resolver los problemas que confrontan las poblaciones indígenas, con el objeto de integrarlas a la nacionalidad correspondiente"¹³.

h) El tema indígena en otros foros

Las decisiones tomadas por las Conferencias Internacionales Americanas en el tema indígena son asumidas por las Conferencias y Congresos Técnicos Panamericanos y los Congresos Indigenistas Americanos.

9 Departamento Jurídico de la Unión Panamericana, Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento (1945-1954), pp.202-203.

10 Id. pp. 294-296.

11 James Anaya, Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional, Editorial Trotta, p.76

12 Rodolfo Stavenhagen, Derechos indígenas y Derechos Humanos en América Latina, Sección IV, p.28

13 Alejandro Marroquín, Balance del Indigenismo. Informe sobre la política indigenista en América (1972), p.13

* Las Conferencias y Congresos Técnicos Panamericanos.

Las Conferencias y Congresos Técnicos Panamericanos corresponden a encuentros técnicos de asambleas oficiales a las que eran invitados los delegados de todas las repúblicas americanas (aunque hubo algunas que excluyeron a ciertos Estados). Es posible vislumbrar decisiones emitidas en el ámbito de la educación, ciencia o que promueven el rol de la mujer¹⁴.

En la Segunda Conferencia Interamericana de Educación celebrada en Santiago de Chile en 1934, se adoptan medidas que buscaban fortalecer las poblaciones situadas en lugares que constituían parte considerable de la población, especialmente meridional:

- *Que dichas indígenas, cuando hablen la lengua inglesa, española o portuguesa, no sean objeto de escuelas especiales.*
- *Que en las regiones donde los indígenas conserven su dialecto particular se establezcan centros de incorporación indígena que enseñen la lengua nacional, agricultura e industrias.*
- *Que se establezcan becas en las escuelas primarias, profesionales y técnicas, ya sean fiscales o particulares, destinadas al perfeccionamiento de los indígenas, hombre y mujeres, cuando tengan aptitudes especiales para estudios superiores, favorecerlos de igual modo en las internadas de segunda enseñanza " (resolución XXVIII).*

En la Tercera Conferencia Interamericana de Educación celebrada en México en 1937, la resolución proponía el respeto a la educación bilingüe, entre otros, por medio de las siguientes recomendaciones:

- *El Bilingüismo en la educación del indio.*
- *La fundación de centros de educación indígena.*
- *La creación de organismos que controlen las exploraciones, excavaciones, restauraciones e instituciones de estudio y conservación de los monumentos y de objetos que se encuentren en su territorio.*
- *Establecimiento de sociedades indianistas destinadas a proteger y fomentar las manifestaciones folklóricas.*

El Séptimo Congreso Científico Americano celebrado en México en 1925, en su sección indigenista, recomendaba:

13, 3ª *"...Que, como el problema más apremiante del indio americano es el económico, la enseñanza debe proporcionarle ante todo la técnica del trabajo en el campo..."*

15. *"...Que, dentro de las características nacionales respectivas, se establezca un departamento dedicado especialmente al estudio y resolución de los problemas que afectan a los grupos indígenas.*

Que, en la resolución del problema indígena se siga un plan integral que comprenda los aspectos económicos, sociales y culturales.

Que para la resolución de los problemas económicos de las razas indígenas se formulen, por regiones económicas, planes basados en estudios concienzudos de investigación de su vida económica actual y se establezcan institutos para la formación de Directores de Economía de la Comunidad Indígena"

Por su parte, la Asamblea Extraordinaria de la Comisión Interamericana de Mujeres celebrada en 1949 en Buenos Aires, resolvió:

Adherirse a las recomendaciones del II Congreso Indigenista Interamericano de Cuzco, Perú, en lo referido a las Resoluciones XVII, XXVI, XLII, las cuales están destinadas a mejorar la condición de la mujer indígena del continente y se hallan concebidas en los siguientes términos:

14 Dotación Carnegie Para la Paz Internacional (Primer suplemento, 1938-1942), op.cit. nota 7, p. 219.

"Que se adopten para el trabajador indígena, las normas contenidas en las legislaciones americanas en las cuales se han establecido plenamente los derechos de los trabajadores, la jubilación, la protección de la familia, como también la declaración hecha en las conferencias internacionales de que todos los hombres son libres y poseen derechos iguales, sin distinción de raza, nacionalidad o sexo".

"En los países donde existe población indígena, que emprendan en sus escuelas rurales compañías extra-escolares desde el punto de vista de la situación y condiciones de la mujer indígena; igualmente, en la medida en fuese posible, en la tarea de la elevación cultural de las mujeres indígenas adultas, se disponga de organizaciones y medios para el cuidado, vigilancia y educación de los hijos de las madres indígenas, durante los trabajos escolares".

Y finalmente:

"Que todas las naciones americanas representadas, promuevan una cruzada general en pro de la educación de la mujer indígena"

* Congresos Indigenistas Americanos

Los Congresos Indigenistas Americanos eran congresos gubernamentales que trataban diversos aspectos que participaban de la política indigenista de los Estados. En su seno, el Instituto Indigenista Interamericano actuaba como Comisión Permanente.

Hubo un total de once Congresos, celebrados entre 1940 y 1993. El primero tuvo lugar en Pátzcuaro, México en 1940 y contó con una participación mixta de representantes de gobiernos e indígenas, en calidad de representantes de tribus o naciones¹⁵. El acta final del Congreso de 1993 aprobó 72 acuerdos, entre los cuales se destacan:

- I. Repartos de tierras indígenas.
- III. Desgastes del suelo.
- IV. Obras de irrigación.
- V. Alfabetos para lenguas indígenas.
- VI. Protección de las artes, etc.
- IX. Congreso Interamericano de Lingüística aplicada.
- XIII. Protección de las artes populares indígenas por medio de organismos nacionales.
- XVII. Creación de Refectorios Escolares gratuitos y restaurantes populares
- XVIII-XXIX. Servicios Médicos, Cuestiones de Alimentación.
- XXXV. Política de la educación indígena y la revolución Mexicana.
- XXXVI. Educación Indígena desde el punto de vista de la experiencia de los Estados Unidos.
- XL-LVIII. Bienestar Político y Social de los Indígenas.
- LIX. Establecimiento del Día del Indio (19 de abril)
- LXX. Creación de la Comisión Permanente del 1º Congreso Indigenista y sus funciones.
- LXXI. Creación del Instituto Indigenista Americano con Sede en la Ciudad de México.

Algunos autores consideran que la crisis que llevó a la suspensión de estos Congresos resulta en gran parte de la confrontación entre las propuestas de los Estados con las reivindicaciones de los pueblos indígenas, quienes para entonces asistían a los Congresos como observadores, además de haber alcanzado una mayor participación en otros foros internacionales. Estos nuevos actores habían expresado críticas al sistema indigenista interamericano en el sentido de proponer su reforma¹⁶.

Las resoluciones adoptadas en el que sería el último Congreso celebrado en Managua, Nicaragua en 1993 dejan en evidencia ciertos temas que se mantienen vigentes en nuestros días: un interés en mejorar la

15 Id., pp.297-298.

16 Laura Giraudó, "El Instituto Indigenista Interamericano y la participación indígena" en América Indígena Volumen LXII Número 3 Jul-Sep 2006, p. 27"

relación entre los Estados y los pueblos indígenas; el deseo de obtener el reconocimiento de circunscripciones especiales en los territorios que ocupan los pueblos indígenas; una representación porcentual en los poderes del Estado; la implementación de una educación bilingüe en todos los niveles¹⁷.

En el contexto internacional, los pueblos indígenas organizan de manera independiente lo que se denominó la Primera *Cumbre Mundial de los Pueblos Indígenas* en Guatemala en 1993, y en sus conclusiones se ilustran claramente preocupaciones respecto a la necesidad de reformar el sistema indigenista y fortalecer las sociedades teniendo en cuenta una "presencia activa y diferenciada de los pueblos indígenas"¹⁸:

"consolidar la presencia activa y diferenciada de los grupos étnicos de América en la construcción de sociedades nacionales cada vez más justas, solidarias, democráticas y plurales, de bienestar generalizado".

"Reforma radical de la Convención de Pátzcuaro, a fin de reestructurar y reforzar al sistema indigenista de la región".

Finalmente, un estudio de Alejandro Marroquín sobre el grado de cumplimiento de las resoluciones adoptadas en los primeros seis congresos concluye que más del 88% de las resoluciones no han sido cumplidas debidamente. Entre los factores más importantes que han determinado su incumplimiento, Marroquín enumera¹⁹:

a) La política general de los gobiernos americanos, los cuales no ven con simpatía los cambios que propugna el indigenismo, cambios que muchas veces, van en contra de los intereses de las oligarquías locales o nacionales.

b) El problema económico.

c) La falta de difusión de las resoluciones de cada Congreso.

d) La falta de técnicos con capacidad para llevar adelante su cumplimiento.

e) Los obstáculos que los sectores que viven de la explotación del indio oponen al cumplimiento de sus resoluciones indigenistas.

f) La falta de obligatoriedad de las resoluciones".

* Instituto Indigenista Interamericano

El Instituto Indigenista Interamericano se crea por resolución del Primer Congreso Indigenista, a través de la Convención Internacional de Pátzcuaro en noviembre de 1940 que llegó a ser ratificada por 17 países²⁰. El Instituto tenía su sede en Ciudad de México, Estados Unidos Mexicanos. En el año 2009, el Instituto por medio de una decisión de su Consejo Directivo del Instituto culminó sus operaciones, en seguimiento a una recomendación de la Asamblea General de la OEA, establecida en su resolución AG/RES. 2370 (XXXVIII-O/08)²¹.

Entre las funciones del Instituto destacan la investigación de asuntos indígenas, y la de promoción del entrenamiento en el intercambio de expertos, además de actuar como entidad consultora para las oficinas indigenistas de los gobiernos de los Estados miembros y, como lo establecíamos anteriormente, en el rol de Comisión Permanente de los Congresos Indigenistas Interamericanos²².

17 Editorial, América Indígena, Volumen LIV (1994) p. 1-2.

18 Id., p.2.

19 R. Stavenhagen, op., cit. Nota 12, p.109.

20 Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. Hasta el año 2000 los Estados Unidos de América formaron parte del Instituto. Cabe hacer notar que Canadá y España han sustentado el estatuto de países observadores.

21 Dicha resolución de la Asamblea General surge del Grupo de trabajo informal encargado de estudiar la situación del Instituto Indigenista Interamericano (III) establecido en el marco de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente el 30 de agosto de 2007, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo resolutorio 2 de la resolución AG/RES. 2284 (XXXVII-O/07) de la Asamblea General de la OEA, celebrada en Panamá en junio de 2007, denominada "Situación del Instituto Indigenista Interamericano". El Informe del coordinador del Grupo de trabajo corresponde al documento CAJP/GT/II-5/08 rev 2 del 12 de mayo de 2008.

22 Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, Sistema Interamericano: Asuntos Jurídicos y Políticos, Vol. 1, pp. 203-204.

Con el paso de los años el Instituto fue capaz de reunir un importante acervo histórico y bibliográfico sobre los pueblos indígenas del continente, entre los que se destaca²³:

- 24.204 volúmenes de la antigua biblioteca Manuel Gamio; 60.163 publicaciones periódicas
- Archivo histórico documental sobre las actividades del Instituto durante sus años de existencia
- Excedente de 1980 libros editados en el Instituto o en colaboración con otras instituciones,
- Excedentes de publicaciones periódicas, ya que el Instituto producía la Revista América Indígena, el Boletín Indigenista y el Anuario Indigenista,
- 3,084 libros y publicaciones y periódicas aun no procesados,
- Fondo cartográfico que contiene 318 mapas, cartas o ilustraciones relacionadas con los territorios indígenas

En virtud de la citada resolución de la Asamblea General, AG/RES. 2370 (XXXVIII-O/08), al cierre del Instituto, su "acervo bibliográfico, histórico, hemerográfico y videográfico" ha quedado en manos de la Universidad Autónoma de México, institución que se ha comprometido a "tomar las medidas necesarias para la recuperación, mantenimiento y difusión" de dicho patrimonio.



23 Presentación a cargo del Director del Programa Universitario México Nación Multicultural de la Universidad Nacional Autónoma de México (PUMC-UNAM), señor José Manuel Del Val Blanco, sobre las gestiones que ha realizado con respecto al acervo del Instituto Indigenista Interamericano (II), Síntesis de la reunión celebrada el 7 de febrero de 2011, documento CP/CAJ/P/SA.500/11.

2. INTRODUCCIÓN A LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS-OEA

La Organización de los Estados Americanos-OEA es una organización internacional de Estados independientes que pretende "lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia"²⁴.

Para alcanzar dichos objetivos, la OEA cuenta entre sus propósitos "el afianzamiento de la paz y de la seguridad, la promoción y consolidación de la democracia, la prevención y la solución pacífica de controversias, la solidaridad ante la agresión, la promoción del desarrollo económico, social y cultural, la erradicación de la pobreza y la efectiva limitación del armamento convencional"²⁵.

La OEA es una entidad de carácter regional dentro del sistema de Naciones Unidas creada por medio de un tratado, la Carta, que se adopta en 1948 y entra en vigencia en 1951²⁶.



ENMIENDAS A LA CARTA DE LA OEA ORIGINAL

La Carta original ha sido objeto de cuatro protocolos de enmienda que reforman el texto original:

- 1) El Protocolo de Buenos Aires de 1967 introduce cambios de naturaleza orgánica, se instauro la Asamblea General y sus reuniones ordinarias cada año a partir de 1971, sustituyendo las Conferencias Americanas
- 2) El Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 Incluye una provisión a favor de la democracia representativa, dentro del respeto del principio de la no intervención: "la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región". Se incrementan además las facultades del Consejo Permanente en materia de resolución pacífica de controversias y las competencias del Secretario General.
- 3) El Protocolo de Washington, D.C. de 1992 Adopta el artículo 9 de la Carta sobre la suspensión del ejercicio de derecho a participación en caso de derrocamiento por la fuerza.
- 4) El Protocolo de Managua de 1993 Modifica la estructura orgánica en temas ligados al desarrollo, la ciencia, la educación, la economía y lo social, por medio de la creación del "Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral".



24 Carta de la OEA, artículo 1.

25 Carta de la OEA, artículo 2.

26 Ver artículos 1 y 131 Carta de la OEA respecto al relacionamiento entre la OEA y la ONU.

2.1 Membresía, voto y votaciones

La OEA está compuesta de los 35 Estados independientes del continente cuya membresía está sujeta a la ratificación de la Carta y aceptación de las obligaciones que este instrumento impone. La organización cuenta en su seno a 66 Estados observadores que corresponden a Estados independientes que no son del continente²⁷. La participación de entidades no gubernamentales conforman una categoría especial que se organiza en torno a la sociedad civil.

Todos los Estados Miembros "son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos, y tienen iguales deberes"²⁸, independientemente del número de habitantes, producto interno bruto o superficie²⁹.

Cada Estado tiene derecho a un voto, y aunque los reglamentos determinan las mayorías necesarias para tomar decisiones, en la práctica las decisiones se toman por consenso, es decir sin activa oposición de ningún Estado miembro.

2.2 Los Órganos

En virtud del artículo 53 de la Carta, la Organización de los Estados Americanos realiza sus fines por medio de:

• La Asamblea General

Órgano supremo compuesto por los cancilleres de cada país. Se reúne una vez al año de manera ordinaria a menos de ser convocada de manera extraordinaria en casos de urgencia. Se encarga, entre otros, de las políticas generales de la Organización, determina y coordina la organización de sus órganos, considera los asuntos ligados a la convivencia entre los Estados³⁰.

• La Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores

Órgano que considera "problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados americanos", notablemente en caso de "ataque armado al territorio de un Estado americano o dentro de la región de seguridad que delimita el tratado vigente"³¹.

• Los Consejos

Existen dos Consejos: el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, cuyos mandatos dependen directamente de la Asamblea General. Pueden presentar estudios y propuestas de diversa índole y dentro de sus respectivas competencias a la Asamblea General, tal como por ejemplo proyectos de estudios o propuestas de instrumentos internacionales, reorganización de organismos y entidades especializadas o celebración de Conferencias³². Ambos consejos se apoyan en la Secretaría General para dar seguimiento a sus mandatos.



El Consejo Permanente da continuidad al trabajo de la Asamblea General durante el tiempo en que esta no sesiona y en este contexto habilita a la Secretaría General para el cumplimiento de las funciones administrativas. Tiene su sede en Washington, D.C. y está compuesto por un representante de cada Estado con categoría de Embajador. Entre otras funciones el Consejo Permanente organiza las Asambleas Generales y las Reuniones de Consultas, formula recomendaciones sobre el funcionamiento de la organización y considera los informes de otros órganos incluyendo el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría

General, pudiendo hacer recomendaciones sobre dichos informes³³.

Por su parte, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) tiene como finalidad "promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza crítica"³⁴. El CIDI está integrado por todos los Estados miembros y sesiona en reuniones ordinarias, extraordinarias, especializadas y/o sectoriales.

• El Comité Jurídico Interamericano

El Comité Jurídico Interamericano es el órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos en materias jurídicas, promueve el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudia los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente³⁵.

El Comité Jurídico está integrado por once juristas que deben ser nacionales de los Estados miembros, y quienes actúan a título personal. El mandato de cada miembro es de cuatro años, y existe posibilidad de reelección. La sede del Comité Jurídico Interamericano está ubicada en Río de Janeiro, Brasil.

• La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En virtud de la Carta de la OEA, la Comisión tiene por función principal "la promoción de la observación y defensa de los derechos humanos, además de ser un órgano consultivo de la Organización en dichas materias"³⁶.

• La Secretaría General

La Secretaría General es el "órgano central y permanente de la Organización de los Estados Americanos". Entre sus funciones debe proporcionar servicios permanentes de secretaría a la Asamblea General y demás órganos, además de cumplir con los mandatos que le encarguen la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores y los consejos. Prepara temarios, reglamentos y proyectos para los presupuestos. Sirve de depositaria de los tratados y acuerdos, además de archivar los documentos de las Conferencias. Establece relaciones de cooperación. La Secretaría General de la OEA tiene su sede en Washington, D.C.³⁷

• Las Conferencias Especializadas

Las Conferencias Especializadas son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana³⁸.

27 El Consejo Permanente decide de la concesión de la condición de observador permanente. Véase resolución AG/RES. 50 (I-O/71) y resolución CP/RES.407 (573/84) de 27 de junio de 1984.

28 Carta de la OEA, artículo 10.

29 Un Estado con una superficie inferior a los 600 kilómetros cuadrados y una población del orden de los 160000 habitantes goza de los mismos derechos que Estado de una superficie de casi 10000 km cuadrados con una población mas de 30 millones de personas.

30 Carta de la OEA, artículos 54 a 60.

31 Carta de la OEA, artículos 61 a 69.

32 Carta de la OEA, artículos 70 a 79.

33 Carta de la OEA, artículos 80 a 92.

34 Carta de la OEA, artículos 93 a 98.

35 Carta de la OEA, artículos 99 a 105.

36 Carta de la OEA artículo 106.

37 Carta de la OEA, artículos 107 a 121.

38 Carta de la OEA, artículos 122 y 123.



• **Los Organismos Especializados**

Los organismos especializados son “organismos intergubernamentales establecidos por acuerdos multilaterales que tengan determinadas funciones en materias técnicas de interés común para los Estados americanos”. Son organismos especializados: la Organización Panamericana de la Salud (OPS); el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA); el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN); el Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH); la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM).

Dichos Organismos pueden establecer “relaciones de cooperación con Organismos mundiales de la misma índole, a fin de coordinar sus actividades. Al concertar acuerdos con Organismos Internacionales de carácter mundial, los Organismos Especializados Interamericanos deben mantener su identidad y posición como parte integrante de la Organización de los Estados Americanos, aun cuando desempeñen funciones regionales de los Organismos Internacionales” (Art. 129 de la Carta de la OEA).

Ilustración de la Organización con énfasis en los órganos y dependencias que participan de las discusiones en torno al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:



2.3 Los Principios Rectores

La OEA es un órgano político con voces divergentes y tensiones de diversos órdenes, que intenta imponer en la conducción de las relaciones recíprocas de sus Estados miembros el respeto de diversos preceptos entre los cuales destacan el “derecho internacional, la personalidad, soberanía e independencia de los Estados, la buena fe, la solidaridad, la no injerencia en la elección del sistema político, económico y social”, entre otros³⁹.

De los 35 Estados Miembros, en el campo jurídico convergen 20 países que albergan en su orden el sistema de derecho civil, europeo continental, y 15 el sistema del common law, mientras que Canadá representa a ambos sistemas.

La OEA no es una entidad supranacional sino una institución a la cual los Estados ceden parte de su soberanía por medio de instrumentos jurídicos, planes de acción, iniciativas de cooperación, difusión, promoción y protección de derechos, e imposición de obligaciones.

El principio de la igualdad de los Estados

La Carta de la OEA no prevé la figura de la expulsión como una medida coercitiva para garantizar su fiel cumplimiento, sino que establece la figura de la suspensión del ejercicio del derecho de participación a los gobiernos. El artículo 9 de la Carta lee:

“Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”

De igual manera, todo Estado tiene el derecho de denunciar la Carta de la OEA y de esta manera retirarse de la organización, sin embargo ningún Estado se ha servido de dicho derecho establecido en el artículo 143 de la Carta⁴⁰.

Promoción del Estado de derecho

El artículo 3 otorga a los Estados miembros libertad respecto a la forma de gobierno que decidan:

Art. 3 e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, ya organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.

El respeto de la democracia representativa se impone como un compromiso de la organización y un principio de los Estados:

- Los países se comprometen “a promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención” (Art. 2, b).
- Los Estados americanos reafirman los siguientes principios: “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa” (Art. 3, d).

39 Carta de la OEA, artículo 3.

40 J.-M. ARRIGHI, op.cit. nota 5, p.36.

RUPTURA DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

La organización dispone de las siguientes normas aplicables en caso de ruptura del orden constitucional por el que se derroca al jefe de Estado legítimamente electo:

- a) La resolución 1080 de la AG de 1991
En caso de "interrupción abrupta... del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo".
- b) El Protocolo de Washington de 1992
Incorporó a la Carta de la OEA el actual artículo 9 que puede provocar la suspensión de un gobierno cuando "un gobierno democráticamente constituido... es derrocado por la fuerza".

Al presente este Protocolo no ha sido invocado. Es un instrumento que no goza de la ratificación de todas las partes, además, la república de México ha formulado una declaración contraria en el momento de su apertura a la firma.
- c) Los artículos 20 y 21 de la Carta Democrática Interamericana
Resolución de la Asamblea General que establece un mecanismo pudiendo llegar a la suspensión de un gobierno en caso de "alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático" y para cuando "se constate que se ha producido la ruptura del orden democrático".

Resolución Pacífica de Controversias

El Capítulo V de la Carta establece un listado de procedimientos pacíficos para avanzar en la búsqueda de una solución al momento en que una controversia no pueda ser resuelta por medios diplomáticos⁴¹. Adicionalmente, la Carta otorga al Consejo Permanente prerrogativas para proponer un procedimiento de solución de controversias⁴²; mientras que el sistema interamericano cuenta con un Tratado Americano de Solución Pacífica de controversias (Pacto de Bogotá), en vigencia desde 1949. Este Tratado establece diversos procedimientos de resolución, tales como buenos oficios, arbitraje, judicial, conciliación, y permite a los Estados partes acceder a la Corte Internacional de Justicia.

Seguridad colectiva

Este principio consagrado desde los inicios del sistema interamericano, cuya expresión principal se vislumbra en el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR)⁴³, asimila como un acto de agresión contra los demás Estados americanos, "toda agresión de un Estado contra la integridad o la inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado americano". Entre 1948 y 2001, se contabilizan 23 casos en que se utilizó este instrumento. En los últimos años cuatro Estados lo han denunciado.

Por su parte, la Carta de la OEA impone la solidaridad continental o legítima defensa colectiva al aplicar los tratados especiales para contrarrestar situaciones que pongan en peligro la paz⁴⁴. En materia de afianzamiento de la paz, la Carta de la OEA establece un órgano de consulta: "La reunión de consulta de Ministros de Relaciones Exteriores"⁴⁵:

- Órgano compuesto por Ministros de RREE (o Delegados Especiales) que tiene sus orígenes en la Convención para el mantenimiento, preservación y restablecimiento de la Paz de 1936 (en vigencia desde 1937: 17 Estados parte).
- Órgano de consulta (que puede realizar estudios técnicos o informes).
- Considera problemas de carácter urgente y de interés común.
- Mecanismo disponible para todos los Estados miembros de la OEA (difiere del TIAR en cuyos mecanismos son disponibles para los Estados parte únicamente).

A la luz de las llamadas nuevas amenazas a la seguridad, el sistema se ha dotado de medidas y acciones de índole multidimensionales⁴⁶.

41 Carta de la OEA, artículos 24 a 27.

42 Carta de la OEA, artículos 86 a 88.

43 Adoptado en 1947 en Río de Janeiro y en vigencia desde 1948.

44 Carta de la OEA, artículos 28 y 29.

45 Ver la Declaración sobre Seguridad en las Américas.

Desarrollo Integral

El capítulo VII de la Carta describe al desarrollo integral y la justicia social como "elementos indispensables para la paz y la seguridad e involucra un compromiso por parte de cada Estado en materia económica, social, educacional, cultural, científica y tecnológica".

Se insta a los Estados a realizar esfuerzos para establecer condiciones que favorezcan la libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; se respeta el derecho al trabajo y a la organización de los trabajadores; la protección de la sociedad entre los sectores de la producción y la protección de la comunidad por parte de la administración pública y privada; la integración social; la seguridad social, y la asistencia legal. En el año 1988, los Estados se dotaron del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como Protocolo de San Salvador que reconoce la "estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos" e insta a los Estados a adoptar medidas y disposiciones para lograr la plena efectividad de los derechos tipificados en dicho instrumento⁴⁶.

2.4 Áreas temáticas

De manera concreta, la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos desarrolla iniciativas en una variedad de dominios, las cuales son impulsadas por los mismos Estados miembros por medio de los mandatos adoptados anualmente por la Asamblea General.

De nuestros días, estas actividades se pueden congregar en cinco grupos: democracia; derechos humanos; seguridad multidimensional; desarrollo Integral y prosperidad; y derecho internacional y cooperación jurídica.

Democracia

La Secretaría de Asuntos Políticos es la entidad central en esta materia y realiza acciones encaminadas "a ampliar la legitimidad institucional en los procesos políticos y a fortalecer los mecanismos que conlleven al sostenimiento de los mismos"⁴⁷.

Iniciativas realizadas por la Secretaría de Asuntos Políticos

- Misiones de cooperación y observación electoral;
- Se cuenta con una misión de apoyo al Proceso de paz en Colombia;
- Se da seguimiento a un Programa de universalización de la identidad civil en las Américas;
- Se brinda apoyo a la Secretaría General para atender los conflictos político-institucionales en la región;
- Se cuenta con programas nacionales de asistencia técnica Integral en materia de gestión pública y las ramas ejecutivas y legislativas; y
- Se ofrecen capacitaciones.

46 Ver los artículos preambulares del Protocolo de San Salvador en el siguiente enlace:

<http://www.oas.org/juridico/paris/Tratados/a-82.html>

47 Información adicional sobre el trabajo de la Secretaría de Asuntos Políticos puede ser consultada en: <http://www.oas.org/es/sap/?exp=yes>



Derechos Humanos

Como lo veremos más adelante, el sistema cuenta con dos órganos para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Seguridad Multidimensional

La Secretaría de Seguridad Multidimensional (SSM) tiene por misión coordinar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra las amenazas a la seguridad nacional y de los ciudadanos, a la luz de los objetivos y propósitos contenidos en la *Declaración sobre Seguridad en las Américas*, instrumento que introduce el alcance multidimensional en la seguridad⁴⁸.

Secretaría de Seguridad Multidimensional

- Dispone de una Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), que asiste a la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), en el fortalecimiento de las capacidades humanas e institucionales y canaliza los esfuerzos colectivos de los Estados miembros para reducir la producción, tráfico y el uso y abuso de drogas en las Américas.
- Dispone de una Secretaría del Comité Interamericano Contra el Terrorismo (CICTE) para prevenir, combatir y erradicar el terrorismo en las Américas.
- Apoya al proceso de las reuniones de Ministros de Seguridad Pública (MISPA) del Hemisferio y desarrolla actividades en la lucha contra el crimen organizado; la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados; la trata y el tráfico de personas; y las pandillas delictivas.
- Apoya la modernización de los ministerios de defensa por medio de capacitaciones y otras actividades de difusión.

Desarrollo Integral y Prosperidad

La Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI) apoya, facilita y promueve el desarrollo integral en los Estados miembros, además de promover el diálogo intersectorial, las asociaciones público-privadas y la creación de consenso en la integración de políticas públicas del desarrollo humano sostenible. La SEDI también busca movilizar recursos para la formulación, promoción e implementación de políticas, programas y proyectos de cooperación técnica en el área del desarrollo integral; el fomento de mecanismos y espacios para el intercambio de experiencias e información entre los Estados miembros en su área de competencia; y el desarrollo de actividades destinadas a fortalecer las capacidades humanas e institucionales para mejorar el desarrollo integral en todo el Hemisferio⁴⁹.

Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral (SEDI)

- Promueve políticas sobre desarrollo humano, educación y cultura.
- Promueve el desarrollo económico por medio de la formulación de políticas públicas y de capacitaciones.
- Promueve programas y proyectos para mejorar la productividad y la competencia entre los actores económicos.

48 Información adicional sobre el trabajo de la Secretaría de Seguridad Multidimensional puede ser consultada en: <http://www.oas.org/es/ssm/de-funciones>

49 Información adicional sobre el trabajo de la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral puede ser consultada en: <http://www.oas.org/es/sedi/>

- Participa en el diseño e implementación de políticas, programas y proyectos orientados a integrar las prioridades ambientales, en materia de Manejo Integrado de Recursos Hídricos; Energía y Mitigación del Cambio Climático; Manejo del Riesgo y Adaptación al Cambio Climático; Biodiversidad y gestión sostenible del suelo; y, Derecho Ambiental, política y Gobernabilidad.
- Brinda apoyo a los Estados para reducir la pobreza, disminuir las brechas de inequidad y lograr mayores niveles de desarrollo, en las áreas ligadas al sector laboral, protección al consumidor, protección social, migrantes, etc.
- Cuenta con un Fondo Especial Multilateral del Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (FEMCID) cuyo propósito es mejorar la capacidad de los recursos humanos y fortalecer las instituciones de gobierno, para lo cual provee financiamiento a proyectos en materia de Educación, Cultura, Desarrollo científico e intercambio y transferencia de tecnología; Desarrollo social, Generación de empleo productivo, Diversificación e integración económica, apertura comercial y acceso a mercados, Desarrollo sostenible del turismo y Desarrollo sostenible y medio ambiente.

Derecho Internacional y Cooperación Jurídica

La Secretaría de Asuntos Jurídicos está encargada de la promoción y del desarrollo del Derecho Internacional, además de prestar asesoría a los cuerpos políticos y apoyar los mecanismos de seguimiento de algunas convenciones interamericanas⁵⁰.

Secretaría de Asuntos Jurídicos

- Provee asesoramiento jurídico a la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo Permanente, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas Interamericanas, el Comité Jurídico Interamericano.
- Funge como depositaria de tratados multilaterales interamericanos y de acuerdos bilaterales celebrados por la OEA.
- Promueve la codificación y los desarrollos en materia de derecho internacional por medio de cursos, encuentros o seminarios.
- Ejecuta programas destinados a promover los derechos de los pueblos indígenas y afro descendientes por medio de capacitaciones y encuentros con expertos y representantes de gobierno.
- Asesora y presta servicios de secretaría técnica a la Conferencia de Estados Parte y al Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción.
- Promueve la ratificación, implementación legislativa y aplicación de los tratados interamericanos de cooperación jurídica y judicial. En este contexto, ha desarrollado una "Red de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal" que permite la comunicación electrónica segura entre las autoridades centrales que tratan cuestiones de asistencia mutua en materia penal, además de contar con un componente público con información sobre las legislaciones que dispone cada país.

50 Información adicional sobre el trabajo de la Secretaría de Asuntos Jurídicos puede ser consultada en http://www.oas.org/oi/esp/secretaria_asuntos_juridicos.htm



Capítulo 02

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA OEA

Luis Toro Utrillano*

1. INTRODUCCIÓN

En el período de la adopción de la Carta de la OEA de 1948, las manifestaciones sobre la temática indígena se centraron en mandatos que involucraban a los órganos especializados de la Organización y se vinculaban principalmente a las decisiones de los Congresos Indigenistas¹. También hubo mandatos de órganos especializados que contemplaban la mejora del bienestar de un grupo en particular y que se dirigían a otras entidades o procesos. En 1972, la Comisión Interamericana de Mujeres emitió una resolución a favor de la incorporación de la mujer indígena en el proceso de desarrollo de América Latina.

Entre 1977 y 1988, la Asamblea General de la OEA adoptó resoluciones respecto a la puesta en marcha del llamado “Plan Quinquenal de Acción Indigenista Interamericana”, que buscaba analizar y sugerir soluciones para los problemas culturales, políticos, sociales y económicos que afectan en forma negativa la vida y el progreso de las colectividades nativas, limitando su participación en el progreso general de desarrollo. En el año 1989, la Asamblea General adoptó la resolución que inicia el proceso para dotar a la OEA de un instrumento de protección de los pueblos indígenas con ocasión de la celebración en el año 1992 del “Quinto Centenario del Descubrimiento de América: Encuentro de dos mundos” (resolución AG.Res 1022 (XIX-O/89)).

Durante la década de los ochenta aparecen las primeras decisiones sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y luego, en la década de los noventa se inician los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De igual manera, la Comisión crea en el año 1990 la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas con el objeto de impulsar, sistematizar, reforzar y consolidar la acción que la CIDH venía desarrollando en la materia. La Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas se ha ocupado de lograr un mayor conocimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y de los órganos que lo sustentan, facilitando el acceso de los pueblos indígenas al sistema.

Por su parte, el Departamento de Derecho Internacional adoptó en el año 2009 un *Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas en las Américas* con el objetivo de “promover y fortalecer la participación de los pueblos indígenas en los distintos procesos internos e internacionales de toma de decisiones, sensibilizar a la sociedad en general sobre esta temática, capacitar a los representantes de los pueblos indígenas en diversas áreas que permitan

* 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.

1 Las Conferencias Internacionales Americanas fueron las precursoras respecto a la toma de decisiones sobre el tema indígena. En la Quinta Conferencia celebrada en 1922, la Resolución solicitaba a los Estados un estudio de las lenguas aborígenes en los institutos superiores de enseñanza. En la séptima y octava conferencias respectivamente se encomendaba a la Unión Panamericana -predecesor de la OEA- organizar una Conferencia Interamericana de Indigenistas Americanos en México y en Bolivia respectivamente, sin embargo dichas Conferencias no se celebraron.

el desarrollo integral de sus comunidades y transversalizar la temática indígena en los diversos proyectos y actividades de la Organización². Hasta el año 2013, los componentes del programa ligados a la capacitación, sensibilización y transversalización han sido implementados en Estados miembros de la OEA de América Latina con el apoyo financiero de la cooperación alemana, ejecutada por la Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit, GIZ, anteriormente identificada como Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit, GTZ.



2. LA SOCIEDAD CIVIL EN LA OEA

De manera preliminar es importante notar que si bien la OEA es una organización hemisférica compuesta de Estados independientes, ha previsto en su seno la participación de entidades no gubernamentales, reconocidas con la denominación de organizaciones de la sociedad civil (OSC).

La sociedad civil es definida como “Toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental”.

Las directrices de la sociedad civil “regulan la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de los órganos, organismos o entidades de la OEA”. El mecanismo prevé la posibilidad de registrarse o de obtener permisos como invitados especiales³.

La relación de la OEA con las organizaciones no gubernamentales está sujeta al respeto de los principios y propósitos de su Carta (AG/RES. 57 (I-O/71)). El Consejo Permanente de la OEA cuenta con la potestad de celebrar acuerdos de cooperación con otros organismos americanos de “reconocida autoridad internacional” (Art. 53 de la Carta)⁴. Por medio de la resolución CP/RES. 704 (1129/97) se establece la condición jurídica de las organizaciones no gubernamentales en la OEA.

A nivel institucional, en el año 1999 se creó una *Comisión sobre la participación de la sociedad civil en las actividades de la OEA* cuyo mandato consistió en el establecimiento de procedimientos de interacción entre la sociedad civil y los cuerpos políticos de la OEA⁵.

² Información adicional sobre el Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas en las Américas puede ser consultada en el siguiente enlace: www.oas.org/dl/espnindigenas.htm

³ Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas, Departamento de Asuntos Internacionales, Secretaría de Relaciones Exteriores, Organización de los Estados Americanos, Washington, DC, 2009, p. 19.

⁴ Norma aprobada en 1949.

⁵ Debido cambios estructurales en el año 2002, esta entidad se conoce con el nombre de “Comisión de Gestión de Cumbres Interamericanas y participación de la Sociedad Civil en las actividades de la OEA”.

Marco de referencia

1. “Condición jurídica de las organizaciones no gubernamentales en la OEA”, Resolución (CP/RES. 704 (1129/97).
2. “Directrices para la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA” (CP/RES. 759 (1217/99))⁶.
3. “Estrategias para Incrementar y Fortalecer la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA” (CP/RES. 840 (1361/03).
4. “Fondo Específico para Financiar la Participación de las OSC en las Actividades de la OEA y en el Proceso de Cumbres de las Américas” CP/RES. 864 (1413/04) corr. 1.

3. EL REGISTRO DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL (OSC)

Para registrarse, la organización interesada debe presentar una solicitud al Secretario General de la OEA que incluya, entre otra información, el documento de constitución de la organización, las principales áreas de actividad, las razones y los aportes que se propone realizar.

Dicha solicitud está sujeta a una revisión por parte del Departamento de Asuntos Internacionales y por la Comisión de Gestión de Cumbres Interamericanas y Participación de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA (CISC), la cual presentará las recomendaciones y conclusiones ante el Consejo Permanente, órgano que tomará la decisión final respecto a la incorporación de dicha entidad.

Obligaciones de las organizaciones de la sociedad civil registradas en la OEA

- Responder preguntas de los órganos de la Organización;
- Diseminar la información;
- Presentar a la Secretaría General un informe anual (que contenga información sobre su rol, los estados financieros, la procedencia de sus fondos y las actividades planeadas para el siguiente año).

Formas de participación de las organizaciones de la sociedad civil registradas en la OEA

- Acceso a consultas virtuales y el poder para examinarlas;
- Ingreso a reuniones públicas del Consejo Permanente y a reuniones privadas, con el permiso del Presidente de la reunión;
- Recepción de documentos de la Organización, incluyendo resoluciones;
- Difusión y presentación de documentos propios;
- Presentación de sugerencias y comentarios en la implementación de las resoluciones.

Al mes de septiembre de 2013, 308 organizaciones de la sociedad civil (OSC) se encuentran inscritas en el Registro de las cuales únicamente 4 son organizaciones indígenas:

⁶ Adoptadas por el Consejo Permanente el 15 de diciembre de 1999 CP/RES.759 (1217/99), y por la Asamblea General en junio de 2000 (AG/RES.1707 (XXX-0/00)). Presentadas por dicha Comisión al Consejo Permanente.

- Assembly of First Nations (AFN), Canada;
- Indian Law Resource Center;
- Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (COICA);
- National Congress of American Indians (NCAI).
http://www.civil-society.oas.org/Pages/Registry_ESP.htm

A través de los años, los representantes indígenas que participan en diversos foros de la OEA han solicitado un estatus diferente al establecido para la sociedad civil. En junio de 2010, los representantes indígenas que intervinieron en el “Seminario sobre Mecanismos de Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA” expresaron su interés de contar con enmiendas al mecanismo de registro o participación para organizaciones de la sociedad civil en la OEA:

Tomando en cuenta la Resolución AG/Res. 2612 (XL-O/10) “Aumento y fortalecimiento de la participación de la sociedad civil y los actores sociales en las actividades de la OEA y en el proceso de Cumbres de las Américas”, solicitamos se reforme la Resolución No. CP/Res 759 en donde se establecen las directrices de participación de la Sociedad Civil a fin de incluir las directrices de participación de los Pueblos Indígenas, y asegurar que las Organizaciones de los Pueblos Indígenas podamos participar en las instancias de las Asambleas Generales, reunión de Ministros y Cumbres de las Américas, Departamento de Derecho Internacional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y otras instancias de discusión de los temas relevantes que afectan a los Pueblos Indígenas de acuerdo a nuestra identidad”.

Cabe hacer notar que esta reivindicación respecto a la participación en la OEA todavía no ha sido acogida por la organización de manera formal, aunque en la práctica como lo veremos a continuación se han hecho modificaciones para acoger e incentivar la presencia y participación de los pueblos indígenas en el proceso de negociación en torno al proyecto de Declaración Americana y en las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno.



7 Información adicional del “Seminario sobre Mecanismos de Participación de los Pueblos Indígenas en la OEA” en el siguiente enlace del Departamento de Derecho Internacional de la OEA: http://www.oas.org/div/esp/seminario_mecanismos_participacion_pueblos_indigenas_taller_capacitacion_junio_2010.htm

4. EL PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Actualmente la OEA se encuentra en proceso de negociación de un borrador de Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁸

Un poco de historia

En abril de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó al Consejo Permanente un Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los *Pueblos Indígenas*, y desde 1999, se ha establecido en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos un Grupo de Trabajo encargado de analizar el Proyecto de Declaración Americana.

El texto adoptado por la CIDH fue la referencia principal de las discusiones iniciales durante las reuniones celebradas entre 1999 y febrero de 2003 (texto compuesto de 6 secciones y 28 artículos más un preámbulo). Con el paso de los años, el Grupo de Trabajo ha desarrollado dos propuestas alternativas:

- En el año 2003, el Presidente del Grupo de Trabajo presentó una propuesta que incorporaba los comentarios de los Estados y de los representantes indígenas. Este documento conocido como Texto Consolidado de la Presidencia (GT/DADIN/doc.139/03), compuesto de treinta y cinco artículos, fue objeto de siete reuniones de negociación.
- Desde el año 2006, las discusiones del Grupo de Trabajo se enfocan en un texto conocido como “Registro del Estado actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas”.
- A modo de referencia, en el sistema universal en septiembre de 2007 se adopta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

4.1 La evolución de la participación de los pueblos indígenas

En las discusiones y sesiones de negociación participan representantes de los Estados y representantes de los pueblos indígenas. El espacio acordado a los líderes indígenas en las negociaciones es privilegiado, puesto que tienen derecho a voz sin estar registrados como miembros de la sociedad civil, en el marco de lo establecido por la Comisión sobre la Participación de la Sociedad Civil o sus Directrices.

Desde el inicio del proceso en torno al Proyecto de Declaración Americana, el espacio reservado a entidades no estatales, y en particular a personas indígenas, ha variado en las diferentes etapas del proceso.

Durante la etapa de redacción del Proyecto de Declaración Americana, es decir, en la etapa previa a la adopción de la propuesta de la CIDH, se envió un cuestionario a los Estados Miembros y a las organizaciones indígenas. Dicho cuestionario fue respondido por once gobiernos, dos organizaciones intergubernamentales y veinte organizaciones indígenas. Enseguida, se procedió a consultas informales: una primera ronda realizada en Canadá, México, Panamá, Perú y Venezuela, y tres reuniones de consulta regional celebradas en Guatemala

8 En virtud del mandato de la Asamblea General, Res 1022 (XIX-O/89), que requiere la redacción de un instrumento sobre los derechos de las poblaciones indígenas.

(Centroamérica y Caribe), Ecuador (Sudamérica) y Estados Unidos (EEUU. y Canadá). En el año 1997, la redacción final de la propuesta aprobada por la CIDH contó con los comentarios de expertos indígenas y, por supuesto, de los Comisionados de dicho órgano.

En el periodo de análisis y discusiones del Proyecto de Declaración Americana, la participación de representantes indígenas se fue incrementando gradualmente. En un comienzo, se acordó un espacio limitado de intervención durante los debates. Además solamente participaban aquellas personas que podían financiar el viaje hasta la sede de la OEA en Washington, D. C.

Es así que durante la primera reunión de discusión en torno al tema, la Reunión de Expertos Gubernamentales de febrero del año 1999 contó con una mayoría de representantes indígenas de Estados Unidos y Canadá. En los registros figura un representante de la nación Maya de Guatemala y uno de la nación Mapuche de Chile. En total hubo una quincena de organismos no gubernamentales y representantes u organizaciones indígenas del hemisferio. Se les acordó el uso de la palabra en dos ocasiones: el día 10 de febrero en la sesión de apertura y el día 12 de febrero antes de la sesión de clausura, durante cuarenta y cinco minutos⁹.

Una vez instauradas las reuniones en el marco del Grupo de Trabajo se contó con un grupo más numeroso de representantes indígenas financiados por sus organizaciones locales o internacionales. En cuanto a la modalidad de participación, se debe indicar que las primeras Reuniones del Grupo de Trabajo permitían la participación de los representantes de los pueblos indígenas al comienzo de la discusión y al final de la consideración de cada capítulo.

En 1999, la resolución de la Asamblea General invitó al Grupo a contemplar una adecuada participación de los representantes de los pueblos indígenas en sus labores, con el objeto de que sus observaciones y sugerencias pudieran ser consideradas. Luego de la reunión de octubre de 1999¹⁰, las propuestas de los representantes indígenas fueron incluidas en la relatoría de la presidencia, pero no formaron parte del texto final en donde aparecían las propuestas de los Estados (OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.1/99 Rev. 1 corr. 1, 12 noviembre 1999).

En el año 2001, se pueden notar avances concretos a favor de la participación más activa de los representantes indígenas en el tratamiento del Proyecto de Declaración Americana:

- o En la Guía de Trabajo de la Presidencia se exhorta a “la búsqueda de un diálogo franco y fluido entre los representantes de los gobiernos y de los pueblos indígenas”;
- o Se crean las Sesiones Especiales para discutir sobre el proceso en torno a la adopción del Proyecto de Declaración en lugar de negociar textos. Adicionalmente se abre un espacio más estable de los representantes indígenas, tanto en lo relativo a la presencia misma durante las reuniones como en los aportes al debate¹¹;
- o Se incluyen las propuestas presentadas por los representantes en reunión de noviembre del año 1999 de los pueblos indígenas en el documento de trabajo preparado por la Presidencia (GT.DADIN/doc.1 rev.2.), el cual sirvió de base para las discusiones de la Sesión Especial.

9 Véase, Informe Final, Reunión de expertos gubernamentales para analizar el “Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de las poblaciones indígenas”, OEA/Sr.XVI, RECIDI/DOC.10/99.

10 Durante dicha sesión, los representantes indígenas presentes leyeron una declaración en donde se opusieron al procedimiento y solicitaron su revisión con el fin de permitir una participación más adecuada a los representantes indígenas. Instaron igualmente a conseguir recursos financieros para poder continuar la consideración del Proyecto de Declaración Americana. A continuación se enumeran sus reivindicaciones: a) Participación en el debate: solicitaron un derecho de voz amplio y sin restricciones, así como la posibilidad de opinar sobre las intervenciones de las delegaciones gubernamentales. b) Adopción del consenso: solicitaron que las delegaciones gubernamentales tomaran en cuenta las realidades de las poblaciones indígenas antes de adoptar una decisión. c) Registro de las intervenciones: solicitaron que se registren las intervenciones de los representantes de las poblaciones indígenas y que éstas, así como los resultados de la reunión, se hagan llegar a los respectivos gobiernos”. Véase, Informe del Presidente, Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.5/99.

11 Véase Informe de la Sesión Especial del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, OEA/Ser.K/XVI, GT/DADIN/doc.23/01 rev.1.

- o Se organizan encuentros destinados a los representantes indígenas con el objeto de difundir, explicar y estudiar el texto del Proyecto de Declaración Americana los cuales tienen lugar en Guatemala y en Canadá. Cabe hacer notar que a partir de estas reuniones se crean las reuniones del “cónclave” o “caucus” indígenas, es decir, encuentros entre representantes indígenas para preparar las discusiones de los temas a ser tratados, y que en general, tienen lugar dos días antes de las sesiones plenarias en torno al Proyecto de Declaración Americana

En la Primera Sesión Especial, la mesa de la presidencia fue compartida por un representante de los pueblos indígenas durante la inauguración y la clausura, iniciando así una práctica que será mantenida hasta el presente. Además, se cambió la modalidad de la participación de los representantes indígenas en dos aspectos: por una parte, las propuestas presentadas por escrito de los representantes indígenas serían incluidas en el debate de los Estados; y por otra, los representantes indígenas podrían intervenir en la discusión de cada provisión, tanto al inicio como al fin de los debates. Adicionalmente, podrían solicitar aclaraciones específicas durante la discusión de los articulados. Si bien, los nuevos procedimientos no permitían un diálogo directo entre todos los participantes, representaban avances notables en relación a las últimas dos reuniones. Según los registros de la sesión, acudieron al evento alrededor de ochenta y tres representantes indígenas, lo cual representaba la más numerosa presencia alcanzada a la fecha. Al presente se han celebrado un total de seis sesiones especiales¹².

4.2 El Fondo Específico para facilitar la presencia de representantes indígenas

En marzo del año 2002, previo a la celebración de la Segunda Sesión Especial, se obtuvo el financiamiento de cuarenta representantes indígenas¹³.

En este contexto, se creó el “Fondo Específico para apoyar la elaboración de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” (en adelante Fondo Específico), por medio de una resolución adoptada por el Consejo Permanente el 8 de mayo del año 2002 (OEA. Ser. G/CP/RES. 817 (1319/02))¹⁴.

El Fondo Específico está constituido de contribuciones voluntarias de los Estados Miembros y los Estados Observadores Permanentes ante la Organización, así como de personas o entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, a fin de facilitar el financiamiento de la presencia de representantes indígenas en las reuniones de negociación o sesión especial del Grupo de Trabajo encargado de la elaboración del Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas¹⁵.

12 Un resumen de cada una de las Sesiones Especiales puede ser consultado en el siguiente enlace:

http://www.oas.org/ol/esp/indigenas_la_negociacion.htm

13 Los fondos han sido recaudados gracias a las gestiones del Presidente del Grupo de Trabajo, Embajador Eduardo Ferrero Costa, representante Permanente de Perú ante la OEA. En la oportunidad, se logró recaudar un fondo de \$100.000 (cien mil dólares) con las contribuciones de Canadá, Estados Unidos y Finlandia. Otro elemento innovador fueron las consultas periódicas sostenidas por el Presidente del Grupo de Trabajo con organizaciones no gubernamentales con sede en Washington, D. C. previo a la Sesión Especial.

14 Cabe señalar que la resolución CP/RES.817 (1319/02) del 8 de mayo de 2002 que crea el Fondo Específico fue enmendada en el año 2004 con el fin de incluir ciertos gastos de administración relacionados directamente con la participación de los Representantes de los Pueblos Indígenas que no estaban previstos en el proyecto original. También se precisó el procedimiento de selección, así como la duración del mandato de los tres miembros indígenas y la composición de la vicepresidencia de la Junta de Selección. Véase la resolución del Consejo Permanente CP/RES. 873 (1459/04) del 16 de diciembre de 2004. Una nueva enmienda fue adoptada en el año 2009 de manera a permitir participar en la Junta de selección a un representante del Caribe. Con esta enmienda la Junta de Selección estará compuesta por 5 miembros que serán: el Presidente del Grupo de Trabajo en ejercicio y, en su capacidad personal, cuatro representantes indígenas: uno de Sudamérica, uno de Centroamérica, uno del Caribe y uno de Norteamérica, los cuales desempeñarán sus funciones ad-honorem. Véase el documento CP/RES. 951 del 13 de mayo de 2009.

15 En la práctica, las organizaciones indígenas de cada país que buscan un financiamiento deben designar a un experto o líder indígena para que participe en la discusión del Proyecto de Declaración Americana. Si hubiera más de una candidatura por país, la Junta de Selección del Fondo Específico elige a dicho representante. La Junta de Selección está compuesta de cuatro miembros indígenas (elegidos entre sus pares), uno por cada región, elegido entre sus pares durante los encuentros del Cónclave, más el presidente del Grupo de Trabajo. El Fondo Específico financia la presencia del representante designado, previa aprobación de la Junta de Selección.

La creación del Fondo Específico constituye un hecho político de la mayor trascendencia dentro del tratamiento del tema indígena en la OEA, puesto que establece un instrumento que permite la participación de representantes indígenas de todo el hemisferio designados entre sus pares, sin intervención de los Estados¹⁶.

El Fondo Específico financia la presencia del representante designado, previa aprobación de la Junta de Selección. La estadía incluye además los días consagrados a las consultas entre los representantes indígenas en el conclave indígena. Es importante destacar que las reuniones de negociaciones son públicas y todo experto o líder indígena que desee financiar su estadía puede participar en ellas. En la OEA se ha establecido el principio de la auto identificación, es decir, es indígena quien se considera como tal y que su comunidad lo corrobora¹⁷.

En el año 2003, se establecen las Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos¹⁸ que buscan "asegurar la transparencia y participación efectiva de los representantes indígenas durante las negociaciones".

4.3 La participación de los pueblos indígenas en las negociaciones

Con el fin de promover una mayor participación de representantes indígenas y permitir una amplia difusión de las convocatorias, el Departamento de Derecho Internacional se sirve de una base de datos para informar al público e invitar a los representantes a las negociaciones. En la convocatoria se establecen los procedimientos para la postulación de candidaturas interesadas en obtener la ayuda financiera proveniente del Fondo Específico a los representantes indígenas propuestos por sus respectivas organizaciones¹⁹.

Al culminar la fecha límite para la presentación de candidaturas se pone en marcha el trabajo del Comité de Selección, el cual sostiene una reunión para elegir a los líderes que serán financiados por el Fondo Específico.

Desde la creación del Fondo Específico en 2003, se ha podido financiar más de 300 representantes indígenas en las Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consensos. A esto se debe incluir a aquellas entidades y organizaciones que asumen sus gastos para poder participar en dichas sesiones. Como las reuniones son abiertas al público, toda persona o institución interesada puede asistir.

4.4 El Cónclave Indígena

En las reuniones, los representantes indígenas se organizan en un grupo, conocido como *Cónclave*, por medio del cual expresan sus opiniones ante el pleno. En la mesa de negociación, los representantes del conclave se sientan con los Estados y cuentan con voz para proponer textos alternativos y negociar las propuestas presentadas, pero sin voto. Sin embargo, las opiniones del Cónclave tienen un carácter persuasivo ante las delegaciones de los Estados que se pronuncian y votan.

Una vez terminado el evento, se espera que los líderes que han participado en estas sesiones puedan compartir sus experiencias y socializar la información en sus comunidades, y en la medida de lo posible, continuar el diálogo con los representantes de los Estados.

En las sesiones de negociación para la búsqueda de consenso, el Cónclave indígena ha podido, junto a las delegaciones de los Estados, promover propuestas y discutir provisiones, lo cual representa un gran avance en una organización de Estados independientes como la OEA.

16 Entre los criterios de selección de los participantes indígenas financiados por el Fondo Específico se destacan los siguientes:

- Representatividad de líderes de organizaciones y comunidades indígenas;
- Participación de las organizaciones y comunidades en la designación de los candidatos;
- Representación geográfica equitativa. Al respecto, en caso de contar con fondos adicionales, se otorga espacios adicionales a líderes de países en donde la proporción de personas indígenas es superior;
- Equidad de género.

17 En virtud de la resolución AG/RES.1919 (XXXIII-O-03). Un resumen de cada reunión de negociación puede ser encontrado en el siguiente enlace: http://www.oas.org/divea/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm

18 En virtud de la resolución AG/RES.1919 (XXXIII-O-03). Un resumen de cada reunión de negociación puede ser encontrado en el siguiente enlace: http://www.oas.org/divea/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm

19 El Departamento de Derecho Internacional dispone de una base de datos compuesta de 1550 contactos de organizaciones y personas indígenas. Para inscribirse en la lista, le pedimos enviarnos sus datos al siguiente correo electrónico: ind@oas.org.

4.5 La metodología

La reunión inicial de negociaciones para la búsqueda de consensos estableció las bases para la participación de los representantes indígenas en el seno del Grupo de Trabajo. La metodología que se aplica en la actualidad, tanto en las sesiones especiales como en las reuniones de negociación, permite a todos los presentes expresar sus posiciones y en este contexto se insta a los representantes indígenas a presentar una propuesta consensuada entre ellos. Luego de agotado el diálogo se aprueba todo texto que alcanza el consenso (dejando entre corchetes, como pendiente de revisión, todo asunto no acordado)²⁰.

Las discusiones se desarrollan en dos de los cuatro idiomas oficiales de la OEA, inglés y español, cuenta tenida que se asumen las normas aplicables a los Grupos de Trabajo dependientes de Comisiones Permanentes del Consejo (los cuales deliberan en dos idiomas únicamente). Al mismo tiempo, es importante constatar que la interpretación simultánea en cuatro idiomas impone copiosos gastos. Todo lo anterior tiene por efecto limitar el actuar de aquellos participantes que no pueden expresarse o contar con un dominio básico de los dos idiomas de trabajo, en una negociación cuyo texto ha adquirido un elevado nivel técnico.

Metodología actual

En nuestros días el documento de referencia para la metodología es el documento GT/DADIN/doc.246/06 Rev. 8., el cual cuenta con el aval de los Estados en relación a los siguientes elementos:

- Las sesiones son públicas.
- Se insta al Cónclave a expresar sus ideas al plenario como una representación única.
- El documento central de referencia es el Registro del Estado Actual.
- El artículo bajo estudio figura en español e inglés.
- El orden de las disposiciones se establece por el grado de facilidad para alcanzar acuerdos.
- La intención es lograr el consenso en cada caso.
- Toda propuesta alternativa al texto en consideración debe ser confirmada por escrito. Las propuestas no consensuadas se incluyen en compendio.
- Una vez que se haya alcanzado el consenso, el artículo se reflejará en pantallas, en español e inglés.
- En caso de no alcanzarse el consenso, se conforman grupos de redacción compuestos por representantes de Estados y de pueblos indígenas.
- Si persiste el disenso, la Presidencia puede presentar una propuesta alternativa.
- Si no se logra el consenso, la palabra, frase o párrafo pendientes, queda entre corchetes.

4.6 Los desafíos

Entre los desafíos que se imponen en la negociación del Proyecto de Declaración contamos los siguientes:

- a. La disponibilidad de recursos financieros para facilitar la participación de los pueblos indígenas.
- b. La diversidad de posiciones entre los representantes indígenas de las Américas, además de las posiciones encontradas entre los Estados miembros que disponen de niveles de compromiso diferentes respecto a sus pueblos indígenas.
- c. Los cambios en los gobiernos que implican modificaciones en las políticas y posiciones en los foros internacionales.
- d. La plena participación de todas las delegaciones de los Estados miembros en la mesa de negociación con el fin de permitir afianzar la redacción de las disposiciones pendientes.

20 Véase el texto de la presidencia aprobado el 28 de agosto del año 2003 (GT/DADIN/doc.140.03 rev.1).



5. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS CUMBRES DE LAS AMÉRICAS

Las Cumbres de las Américas son encuentros de Jefes de Estado y de gobierno del Hemisferio que tienen lugar en los tiempos recientes desde el año 1994, en donde se discuten temas de índole económico, social y político con especial énfasis en “políticas comunes, búsqueda de soluciones y desarrollo de una visión compartida para el futuro de la región”.

Si bien este foro permite congregarse a los Jefes de Estado y de gobierno del Hemisferio cada cierto tiempo, entre un máximo de cuatro años y un mínimo de un año, también posibilita la participación de otros actores, principalmente organizaciones internacionales y actores sociales.

La contribución de la OEA al proceso se realiza a través de la Secretaría de las Cumbres, dependencia que actúa como memoria institucional del proceso de las Cumbres, da seguimiento e implementa las decisiones tomadas al más alto nivel. Adicionalmente apoya el trabajo del país sede y preside el Grupo de Trabajo Conjunto de los organismos internacionales que participan del Proceso de Cumbres.

Diversas organizaciones internacionales brindan apoyo a la implementación y seguimiento de los mandatos de las Cumbres de las Américas²¹.

Una de las maneras concretas en que la OEA ha podido servir al proceso de las Cumbres radica en la promoción de conferencias hemisféricas y nacionales para intercambiar experiencias entre los pueblos indígenas y sus organizaciones. Al respecto, la OEA ha podido actuar como facilitador de foros de discusión entre líderes indígenas en las llamadas Cumbres de Líderes Indígenas de las Américas (CLIA, en español). En estos foros los mismos líderes presentan formas de poner en práctica las decisiones de las Cumbres pasadas y planifican las propuestas que serán presentadas en el futuro. Por su parte la Secretaría de Cumbres de las Américas ha desarrollado instancias y promovido iniciativas y oportunidades de participación, entre las cuales destacan:

21 Este grupo está conformado por instituciones del sistema interamericano como la OEA, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Organización Panamericana de la Salud (PAHO), la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Banco Caribeño de Desarrollo (BCD), el Banco Centroamérica para la Integración Económica (BCIE), además de instituciones mundiales, tales como el Banco Mundial, la Organización Internacional de Migraciones (OIM) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros.

- Foros / diálogos regionales sobre los temas en la agenda de las Cumbres así como la presentación de sus resultados a los Estados Miembros;
- Movilización de recursos para financiar proyectos de los actores sociales en apoyo a la implementación de mandatos;
- Establecimiento de redes estratégicas de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), los gobiernos y las comisiones interamericanas y organizaciones internacionales.

La participación de los pueblos indígenas en las Cumbres de las Américas ha sido consolidada en el grupo de actores sociales, los cuales corresponden a entidades no gubernamentales que “participan en la formulación e implementación de políticas y programas de desarrollo”. Junto a los pueblos indígenas, este grupo está integrado por la juventud, el sector privado y los sindicatos. Dichos grupos pueden presentar sus contribuciones en las distintas etapas del proceso.

5.1. Decisiones de las Cumbres de las Américas respecto a los pueblos indígenas

Las decisiones que los Jefes de Estado adoptan en las Cumbres se emiten bajo la forma de declaraciones y planes de acción, e incluyen mandatos para todos los actores involucrados que participan del multilateralismo hemisférico. Las Cumbres buscan concretar un diálogo político entre los Jefes de Estado y de gobierno en donde la OEA juega un rol fundamental como secretaria permanente y participa en la planeación, implementación, difusión y seguimiento de los mandatos de dicho foro por medio de la Secretaría de Cumbres de las Américas²².

El Manual para la Participación de la Sociedad Civil en la Organización de los Estados Americanos y en las Cumbres de las Américas reseña sobre el impacto de las Cumbres de las Américas en las entidades no estatales²³.

Las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la OEA, por medio de sus declaraciones y planes de acción, han reconocido, entre otros, el valor de las cosmovisiones, usos, costumbres y tradiciones de los Pueblos Indígenas. Adicionalmente, las Cumbres han promovido el acceso a la educación (para las mujeres, niños, niñas, y jóvenes indígenas), conforme a sus valores, costumbres, tradiciones y formas de organización. Las Declaraciones y Planes de acción adoptados por los Jefes de Estado y de gobierno abordan las preocupaciones de los pueblos indígenas en los siguientes términos²⁴:

• Las declaraciones adoptadas

Las Declaraciones adoptadas por los Jefes de Estado y de gobierno han principalmente aludido al proceso de negociación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en particular la conclusión exitosa de dicha negociación. De igual manera, ha habido un llamado a respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, además de su plena participación en las actividades nacionales. En materia social, se han hecho exhortaciones para superar la pobreza, exclusión y desigualdad, además de permitir su acceso a los servicios sociales²⁵:

22 Sobre el proceso de las Cumbres, ver la página web de la Secretaría de las Cumbres: http://www.summit-america.org/summit_process_sp.html

23 Manual, op.cit., nota 3, pp.21-23: [http://www.oas.org/es/sre/dai/sociedad_civil/Docs/Civil_Society_Manual\(Spanish\).pdf](http://www.oas.org/es/sre/dai/sociedad_civil/Docs/Civil_Society_Manual(Spanish).pdf)

24 La Secretaría de Cumbres ha organizado los mandatos en el lema indígena en el siguiente enlace: http://www.summit-america.org/sasca/tp_sp.html

25 Otras Declaraciones relacionadas con Pueblos Indígenas: Dec. PoS. 55 - Dec. PoS. 86 - Dec. M&P. 30 - Dec.NL. 60 - Dec.SA. 15 - Dec. SCS. 6 - Dec. SCS. 10d.

Declaración de Puerto España, 2009²⁶: Reconociendo la diversidad y el carácter tradicional y ancestral de las culturas, historias y circunstancias demográficas, socioeconómicas y políticas de los pueblos indígenas, reafirmamos nuestro compromiso de respetar sus derechos, y promoveremos la conclusión exitosa de las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas es esencial para su existencia, bienestar y desarrollo integral. De acuerdo con la legislación nacional de cada Estado, promoveremos el ejercicio de sus derechos, su plena participación en las actividades nacionales y la creación de las condiciones que les permitan superar la pobreza, la exclusión social y la desigualdad

Declaración de Mar del Plata, 2005: Reafirmamos nuestro compromiso de respetar los derechos de los pueblos indígenas y nos comprometemos a concluir exitosamente las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El ejercicio pleno de estos derechos es indispensable para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral de los pueblos indígenas y para su plena participación en las realidades nacionales, por lo que debemos crear las condiciones necesarias para facilitar su acceso al trabajo decente y a condiciones de vida que permitan superar la pobreza, la exclusión y la desigualdad social.

Declaración de Nuevo León, 2004: Con relación a los derechos de los pueblos indígenas, reconocemos el avance sustantivo alcanzado en las negociaciones llevadas a cabo en el marco de la Organización de los Estados Americanos en torno a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con la participación efectiva de representantes de estos pueblos. Reiteramos nuestra voluntad política y apoyo para la conclusión exitosa de las negociaciones y pronta aprobación de la Declaración, la cual tiene como objetivo promover y proteger sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Declaración de Quebec, 2001: Nos esforzaremos para asegurar que los resultados del Cónclave Indígena de las Américas celebrado en Guatemala y de la Cumbre de los Pueblos Indígenas de las Américas, realizada en Ottawa, se recojan en la implementación de la Declaración de la Cumbre de las Américas y su Plan de Acción. Apoyamos los esfuerzos encaminados a la pronta y exitosa conclusión de las negociaciones del Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual promoverá y protegerá sus derechos y libertades fundamentales.

Declaración de Principios Miami, 1994: En observancia del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, concentraremos nuestros esfuerzos en mejorar el ejercicio de los derechos democráticos de las poblaciones indígenas y su acceso a los servicios sociales.

• Los planes de acción adoptados

Los planes de acción siguiendo lo establecido por las declaraciones han promovido la adopción del Proyecto de Declaración Americana.

En el Plan de acción en Santiago, los Estados se comprometen a promover los servicios de salud y educación, además de fortalecer la identidad y la cultura indígena. El Plan de acción de Quebec insta a fortalecer la participación de los pueblos indígenas, "promover su desarrollo sostenible, cultural, económico y social, reconocer el valor de las cosmovisiones, los usos, las costumbres y las tradiciones de los pueblos indígenas

26 En la Cumbre de Cartagena de Indias, celebrada en el 2012, no hubo declaraciones por parte del pleno de los Estados que se refirieran específicamente a los pueblos indígenas.

además de influenciar en la formación de la identidad nacional y privilegiar un modelo intercultural de salud, entre otros". Finalmente, en Mar del Plata se han promovido acciones tendientes al establecimiento de un mayor diálogo para facilitar el desarrollo integral y sostenible²⁷:

Plan de Acción de Mar del Plata, 2005:

Promover un diálogo permanente, respetuoso y constructivo con los pueblos indígenas y desarrollar políticas para crear las condiciones necesarias que faciliten su desarrollo integral y sostenible, el acceso al trabajo decente y condiciones de vida que permitan superar la pobreza, en plena respeto a sus derechos.

Plan de Acción de Quebec, 2001:

Intensificar las reuniones de negociación para la pronta adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y dar continuidad y transparencia a la participación efectiva en el diálogo que se lleva a cabo en la OEA.

Agilizarán las negociaciones, en la OEA, relativas al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con vistas a su conclusión y adopción a la brevedad posible.

Reconociendo que el carácter único de las culturas, historias y circunstancias socioeconómicas, demográficas, y políticas de los pueblos indígenas (según se explica este término en la sección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de este Plan de Acción) de las Américas, necesita medidas especiales para que dichos pueblos alcancen su pleno potencial humano, y que la inclusión de los pueblos indígenas en nuestras sociedades e instituciones es un elemento valioso para el continuo fortalecimiento, no sólo de los derechos humanos en nuestra comunidad hemisférica, sino también, en un sentido más amplio, de las democracias, economías y civilizaciones; tomando nota de que aunque se han realizado progresos, es necesario fortalecer la participación de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas, para fomentar un diálogo abierto y continuo entre éstos y los gobiernos, y para continuar trabajando juntos para asegurar una implementación eficaz de los mandatos pertinentes en el Plan de Acción de la Cumbre de Santiago.

Realizarán sus mejores esfuerzos, conforme a la legislación nacional, para alentar a los organismos donantes, el sector privado, otros gobiernos, organizaciones regionales e internacionales, al igual que los bancos de desarrollo multilateral a apoyar las conferencias hemisféricas y nacionales para intercambiar experiencias entre los pueblos indígenas y sus organizaciones en la implementación de actividades para promover su desarrollo sostenible, cultural, económica y social, y en cualquier otro campo que pudiera ser identificado por los pueblos indígenas.

Reconocerán el valor que las cosmovisiones, los usos, las costumbres y las tradiciones de los pueblos indígenas pueden otorgar a las políticas y programas relacionados con el uso de la tierra y recursos naturales, el desarrollo sostenible y la biodiversidad; sobre esta base, desarrollarán las estrategias y los métodos correspondientes para considerar y respetar las expresiones culturales de los pueblos indígenas y para proteger su conocimiento tradicional de acuerdo con los principios y objetivos del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Promoverán y darán cabida, según corresponda, a las necesidades culturales, lingüísticas y de desarrollo propias de los pueblos indígenas, en los contextos urbano y rural, en el desarrollo e

27 Otros Planes de Acción relacionados con Pueblos Indígenas: Poa MdP 22 - Poa QE 29 - Poa QE 57 - Poa QE 203 - Poa QE 216 - Poa QE 234 - Poa SA 9 - Poa SA 133 - Poa SCS 11.2 - Poa SCS Iniciativa 19 - Poa SCS Iniciativa 22 - Poa SCS Iniciativa 28 - Poa SCS 11.5 - Poa SCS Iniciativa 61 - Poa MIA 2.5 - Poa MIA 17.1 - Poa MIA 17.4 - Poa MIA 22.5 - Poa MIA 23.6

Implementación de las iniciativas y estrategias educativas, con especial atención al desarrollo de la capacidad institucional, la conectividad y las vinculaciones, incluyendo por medio de puntos focales nacionales, con otros pueblos indígenas del Hemisferio.

Promoverán y divulgarán, en todos los ámbitos de la sociedad, y en particular en el sector educativo, el aporte de los pueblos indígenas en la formación de la identidad nacional en los países en los que habitan.

Desarrollarán estrategias, medidas y mecanismos que aseguren la efectiva participación de los pueblos indígenas en el diseño, la implementación y la evaluación de planes, políticas, sistemas y programas de salud integrales que reconozcan el valor del desarrollo de comunidades holísticas, y que tomen en consideración las realidades y circunstancias culturales, económicas y sociales.

Apoyarán la Iniciativa de Salud para los Pueblos Indígenas, promovida por la OPS, ayudando a los Estados y en consulta con los pueblos indígenas, para formular políticas públicas integrales y sistemas de salud que fomenten la salud de los pueblos indígenas; diseñando e implementando un marco y modelo intercultural de salud que se concentre especialmente en las necesidades de salud y las prioridades de estos pueblos; y mejorando la información colectiva, el análisis y la distribución de las condiciones sanitarias y sociales de estos pueblos, con un énfasis especial en la niñez.

Reducirán la brecha digital, de comunicación y de información entre el promedio nacional y los pueblos y las comunidades indígenas, mediante programas y proyectos de conectividad relevantes que proporcionen servicios en los campos del desarrollo político, económico y social, incluyendo el uso de las redes de información de los pueblos indígenas.

Promoverán la obtención y la difusión de datos estadísticos nacionales en los que se proporcione información sobre la composición étnica y las características socio-económicas de las poblaciones indígenas a fin de formular y evaluar políticas de atención y desarrollo más adecuadas.

Apoyarán el proceso para reformar el Instituto Indigenista Interamericano (III), basado en las amplias consultas entre los Estados y los pueblos indígenas a través del Hemisferio, y seguirán desarrollando procesos para asegurar la amplia y plena participación de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano, incluyendo en las discusiones sobre el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Plan de Acción de Santiago, 1998:

De acuerdo a sus ordenamientos jurídicos, adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger los derechos reconocidos de las poblaciones indígenas, así como programas informativos si así fuera necesario, para garantizar un mayor conocimiento por parte de las poblaciones indígenas sobre sus derechos al respecto.

Respaldarán las actividades en el campo de la educación tendientes a aumentar la participación de las poblaciones o comunidades indígenas en la sociedad. Tales actividades deberían procurar el fortalecimiento de la identidad de las poblaciones indígenas y promover una coexistencia respetuosa entre los diferentes grupos sociales de las comunidades y Estados.

Promoverán la ampliación de los servicios de educación básica y media con orientación vocacional, principalmente en las regiones con alto porcentaje de población indígena, mediante un mayor respaldo de los Gobiernos y la cooperación internacional, a solicitud de los Gobiernos interesados, de modo que tanto las poblaciones indígenas como las no indígenas tengan la oportunidad de recibir capacitación técnica y de contribuir al desarrollo de sus países. En la medida de lo posible, las áreas de capacitación que se implementen en forma paralela a los procesos educacionales deben responder a las necesidades de la Región y a las estrategias de producción.

En cooperación con las organizaciones regionales, instituciones de desarrollo y las ONG's, respaldarán y promoverán, decididamente, la capacidad de desarrollar actividades y proyectos productivos en áreas como la agricultura, artesanía, la pequeña empresa y la comercialización. Dentro de lo posible, éstos deben ser guiados y administrados por poblaciones indígenas.

Facilitarán la organización de mesas redondas a nivel nacional y hemisférico, en asociación con las poblaciones indígenas, con el objeto de promover una mayor comprensión y cooperación en las áreas de la salud y la educación, poniendo especial atención en las mujeres y los niños. Los Gobiernos promoverán, asimismo, investigaciones respecto a la relación entre poblaciones indígenas, pobreza y desarrollo. Procederán con el examen intergubernamental, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), del "Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas", elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con miras a la posible adopción de una Declaración.

La Secretaría de Cumbres de las Américas dispone de un portal actualizado en donde se da seguimiento a los mandatos, y se presenta el nivel de cumplimiento de las declaraciones y planes de acción adoptados en el proceso de las Cumbres a lo largo de los años, ver la rúbrica "sistema de seguimiento" en el siguiente enlace: http://www.summit-americas.org/sisca_sp.html

• **La participación de los pueblos indígenas en las Cumbres de las Américas**

Es importante constatar que la participación en las Cumbres se inserta en un proceso que se inicia en las actividades preparatorias y culmina con la presentación de un informe verbal frente a las instancias políticas.

En este contexto, la Secretaría de Cumbres ha previsto una serie de actividades preparatorias presenciales y no presenciales:

- **Presencial:** Organización de conferencias con presencia indígena.
- **No presencial:** Creación de una plataforma virtual que permite a personas u organizaciones interesadas presentar aportes y opiniones. Este instrumento facilita la preparación de la negociación y el seguimiento de los mandatos anteriores puesto que también sirve como una memoria histórica.

En todos los casos, se insta a las organizaciones a manifestarse sobre temas de interés y se promueven las experiencias sobre los proyectos y programas ejecutados por la sociedad civil en apoyo a las políticas desarrolladas por los Estados Miembros de la OEA.

La Secretaría de Cumbres de las Américas, en cooperación con otras áreas de la OEA, ha desarrollado una serie de iniciativas y oportunidades de participación que incluyen²⁸:

- Foros / diálogos regionales sobre los temas en la agenda de las Cumbres así como la presentación de sus resultados a los Estados Miembros;
- Movilización de recursos para financiar proyectos de los actores sociales en apoyo a la implementación de mandatos;
- Establecimiento de redes estratégicas de las Organizaciones de la Sociedad Civil (OSC), los gobiernos y las comisiones interamericanas y organizaciones internacionales;

En el tema indígena y dentro de las actividades presenciales, la OEA ha ofrecido su apoyo y participado en la organización de las Cumbres de Líderes Indígenas de las Américas (CLIA) que se han desarrollado en el marco de la Cumbre de Quebec (2001), Mar del Plata (2005), Ciudad de Panamá para facilitar la presentación de un informe en Trinidad y Tobago en 2009²⁹; y Cartagena de Indias (2012).

En Cartagena de Indias, Colombia, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas expresaron compromisos en materia de integración de la infraestructura física en las Américas; pobreza, desigualdad e inequidad; reducción y gestión del riesgo de desastres; acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones; y, seguridad ciudadana y delincuencia organizada transnacional³⁰.

Por su parte, los líderes indígenas tuvieron un espacio propio dentro de los foros de los actores sociales. Como una forma de preparar la presencia indígena, y previo al encuentro en Cartagena, la Secretaría de las Cumbres de la OEA realizó consultas directas a los interesados en tres eventos programados en distintos lugares del hemisferio. En diciembre de 2010, se organizó en Ottawa, Canadá un evento que reunió a 45 líderes indígenas de América del Norte y el Caribe; mientras que la segunda consulta se celebró en Colombia en marzo de 2011 y contó con la presencia de 100 representantes indígenas de América Latina. Finalmente, en marzo 2011, se realizó una reunión en la sede de la OEA con un grupo de representantes designados entre sus pares. La intención era dotarse de un documento que representara a los Pueblos Indígenas en este proceso respecto a las decisiones que se han tomado en el pasado, y en particular dar seguimiento a la Declaración y Plan de Acción de la Tercera Cumbre de Líderes Indígenas de las Américas (CLIA) respecto a las iniciativas que se prevén emprender en el futuro.

En la Cumbre más reciente, los líderes indígenas retomaron los ejes centrales propuestos por el país sede, adoptándolos a la situación de los pueblos indígenas. Adicionalmente, hubo propuestas para adoptar y dar seguimiento a la Declaración Americana e insertar a los pueblos indígenas en el sistema interamericano imponiendo el derecho a la libre determinación y el reconocimiento de los gobiernos de los pueblos indígenas. También se instó a los órganos del sistema a proteger los derechos de los pueblos indígenas. Entre las novedades se recomendó apoyar la demanda marítima de Bolivia, la participación de Cuba en la próxima Cumbre de las Américas y la constitución de un Consejo de las Organizaciones Sociales de los Pueblos con el fin de fortalecer la integración y unidad de los pueblos indígenas. El documento fue presentado como un plan de acción y los Estados fueron invitados a implementarlo de común acuerdo con los pueblos indígenas³¹. Entre las iniciativas presentadas podemos destacar las siguientes:

28 Para participar en las Cumbres es necesario que la organización indígena se haya registrado en la Secretaría de la Cumbre, lo cual permitirá recibir las convocatorias para la designación de participantes en las diversas etapas preparatorias. Para inscribirse en la lista, se sugiere visitar el siguiente enlace: <http://svc.summit-americas.org/es/contactenos>

29 El Plan de Acción de la III Cumbre de Líderes Indígenas de las Américas puede ser encontrado en el siguiente enlace: http://www.summit-americas.org/IV_Summit/CS/1953_poa_sp.pdf

30 Ver Mandatos derivados de la Sexta Cumbre, documento CA-VI/Doc.6/12 rev.2 http://www.summit-americas.org/SIRG/2012/041412/mandatos_sc_es.pdf

31 El texto de la Declaración de la IV Cumbre de los pueblos indígenas se encuentra en el siguiente enlace: http://vclia.oicla.org/oa/index.php?option=com_content&view=article&id=50%3Adesarrollo-de-la-iv-cumbre-de-lideres-indigenas-de-las-americas&catid=1%3Alatest-news&Itemid=1

• Sistema Interamericano

"Instamos a los órganos de protección del Sistema Interamericano (Comisión y Corte Interamericana de derechos Humanos) a proteger los derechos de los pueblos indígenas, en consonancia con los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, en donde deberá primar la protección de los pueblos indígenas por encima de la ejecución del modelo de desarrollo económico extractivo y de desterritorialización adelantado por los Estados de la región. Convocamos a los Estados a reconocer y aplicar los mandatos del Sistema Interamericano."

• Derechos Humanos

"Solicitamos a los Estados que frente a la existencia de cualquier conflicto, primen las soluciones políticas; en ese sentido, instamos al Estado colombiano a generar todas las condiciones en la que sea de su competencia, a buscar una solución política al conflicto armado que nos aqueja, de lo contrario se perpetuará el exterminio al que actualmente están sometidos nuestros hermanos colombianos."

Exigimos respeto de los Estados hacia nuestros territorios y a nosotros mismos, en razón a la campaña de militarización y criminalización a la que nos han sometido en la región."

Invitamos a la adopción de una Convención Americana que proteja real y efectivamente el derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado. Este instrumento jurídico debe ser respetado por los Estados en consonancia con el carácter de derecho humano del mismo y su contenido irrenunciable con la existencia de los pueblos indígenas."

Las políticas diseñadas para proteger e implementar los derechos de los pueblos indígenas deben construirse de manera concertada y garantizar su enfoque diferencial."

Doblegar esfuerzos en la protección de los niños, niñas, mujeres y jóvenes indígenas."

Consolidar la seguridad jurídica de los territorios indígenas, ratificar nuestra ocupación y posesión ancestral, así como garantizar el goce efectivo del derecho a la propiedad territorial."

En conclusión, resulta importante recalcar el compromiso asumido tanto por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros de la OEA como por los Jefes de Estado y de gobierno en las Cumbres de las Américas quienes en ambos foros han instado a los Estados a dotarse de una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.



Capítulo 03

NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A LA TEMÁTICA INDÍGENA

*Luís 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/f?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



Mark Cazado

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 a 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/dtl/es/pratratados_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	09/25/78 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.ohchr.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&mtldsg_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.



Foto: E. Alvarez

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 *Pary 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, *Derechos sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*, febrero 2005, 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/9/8, 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) Awas Tingni. 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 son arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo 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.

30 http://www2.oah.org/english/issues/indigenous/docs/UNDC-Directrices_pueblos_indigenas.pdf

31 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.

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

33 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 adquiridos 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/Doc 56/09, 30 de diciembre de 2009.

39 Artículo 15.1 del Convenio 169 de la OIT.

40 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.”

41 Artículo 26.1 del Convenio 169 de la OIT.

42 “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”.

43 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.

44 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, Consejo Económico y 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 Yukiye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit nota 37 párr. 167.



Eliana Alvarado, Granja EPENKA

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 viéramos 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 *Farr 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 abarcaba 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, párr. 148-149, y 151; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamara 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 caremoniales; 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 Ayllwin 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 Ayllwin 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 Yukiye 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 Sawhoyamara Vs. Paraguay, id., párr. 73-81 a 73-74, y Caso Xakmok Kasek Vs. Paraguay, párrs. 205, 207 y 208. Caso Comunidad Indígena Yukiye 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 Yukiye 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. 56, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y Caso *Wcher 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 Sawhoyamara, op.cit. nota 55, párr. 137.

67 José Ayllwin 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 Ayllwin O. en "El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional", p. 10. www.ilexse.edu/law/centers/munarrnig/ilexse_events/_tierrasinternas.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 indígenas⁷⁰.

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.



Libro: Ecos en Casos

70 UN, Economic and Social Council, Report on the working paper prepared by Mrs. Erla-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/dsd/agenda21_spanish/res_agenda21_26.shtml

72 Vocabulaire juridique Sous la direction de Gérard Cornu, 9e édition Editeur: 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/leadm/initiatives/environnement/docu/embc/essais/2003/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, Jame 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, *Guía*, 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 Preámbulo de la Declaración invita también a los estados a que "respalden 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 Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, op.cit., nota 23, párr. 151. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawtoyamava 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 mismos⁹⁷.

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.

95 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 competen.

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 establecimos 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 et Lexiques bilingues*, Deuxième édition, Editions Yvon Blais inc., 1991, p. 123.

114 UN, UNDG Guidelines on Indigenous Peoples Issues, New York, 2005, 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.13-15; UNPFII, Desarrollo económico y social, medio ambiente y consentimiento libre, previo e informado, Análisis preparado por la secretaria 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.96; OIT, “ILO Convention on Indigenous and Tribal Peoples”, *op.cit.* nota 76, 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 reformados por la Corte Interamericana en el Caso del Pueblo Saramaka”, María Clara Gaviria RATTIÑO, “Consulta, Consentimiento y Veto”, *APORTES 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 Diquís 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 afectarles 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 una 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 influenciar 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 136, 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/66/286, 2011, p.19 párr. 96.

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, Parr. 134.



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

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*, 6th Edition, p. 802.

¹⁴¹ *Id.*, p. 801.

¹⁴² *Id.*, p.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 cuyo 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 un 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 Xámkok 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*, CPJII, 13 de septiembre de 1928, parágrafo 68.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya 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 éstas"¹⁴⁶.



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. 291.

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

147 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yukiye Axa Vs. Paraguay, id., párr. 60.

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 proscribía 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 interpretar y aplicarlo¹⁵⁷.

<http://www.eclac.org/publicaciones/ineg/aj/mi/5/6829/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 social¹⁵⁹. 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/ni/504p19377.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 Preambulo 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 sólo 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 solo 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 XXX 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/popd/conferencia/interpopcon13.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 curricula 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 inmaterial.¹⁹⁹

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 consentimiento.²⁰⁰



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 fundamentales.²⁰¹ 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 necesario.²⁰²

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 necesario.²⁰³ La Declaración también permite “promover, desarrollar y mantener” sus estructuras institucionales siempre que estén de acuerdo las normas internacionales de derechos humanos.²⁰⁴ 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 colectivos.²⁰⁵

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 directamente.²⁰⁶

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.

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.



Capítulo 04

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

1.1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- **Antecedentes y evolución**

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959 adoptó importantes resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos. La Declaración de Santiago proclama que “la armonía entre las Repúblicas americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas” y declara que “los gobiernos de los Estados americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana”¹.

Una resolución emanada de esta Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores fue aquella referida a Derechos Humanos, en la cual se declara que dados los progresos alcanzados en materia de derechos humanos después de once años de proclamada la Declaración Americana y los avances que paralelamente se experimentaron en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa “se halla preparado el ambiente en el Hemisferio para que se celebre una convención”. Asimismo, esta resolución toma en consideración que en diversos instrumentos de la OEA se ha consagrado y repetido que la libertad, la justicia y la paz tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de la persona humana. Esta resolución considera “indispensable que tales derechos sean protegidos por un régimen jurídico a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Con tal propósito, en dicha resolución se encomienda al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un “proyecto de Convención sobre derechos humanos ... [y] el proyecto o proyectos de convención sobre la creación de una Corte

¹ Véase el texto completo de la Declaración de Santiago de Chile adoptada con motivo de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 12 al 18 de agosto de 1959, Acta Final, Doc. OEA/Ser.C/II.5, págs. 4-6; disponible en: <http://www.oas.org/consejo/esp/RC/RCactas.asp>.

Interamericana de Protección de los Derechos Humanos y de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos².

Es así como mediante dicha resolución, la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en 1959 dispuso:

Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de temas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale.

El Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año. En 1961 la CIDH comenzó a realizar visitas a varios países para observar *in situ* la situación de derechos humanos. En enero de 1962, durante la Octava Reunión de Consulta, celebrada en Punta del Este, en Uruguay, los Ministros de Relaciones Exteriores consideraron que “no obstante los nobles y perseverantes esfuerzos cumplidos por dicha Comisión en el ejercicio de su mandato, la insuficiencia de sus facultades y atribuciones consignadas en su Estatuto” había dificultado la misión que se le había encomendado. Por este motivo, en dicha oportunidad los Ministros de Relaciones Exteriores recomendaron al Consejo de la OEA la reforma del Estatuto de la CIDH con el objetivo de ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades de manera que le permitiera llevar a cabo eficazmente la tarea de promoción del respeto a los derechos humanos en el Hemisferio³.

La Comisión se rigió por su Estatuto original hasta que en noviembre de 1965 la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, resolvió modificarlo, finalmente ampliándose las funciones y facultades de la Comisión, en los siguientes términos:

Resolución XXII

*Ampliación de las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria,
RESUELVE:*

(...)

3. Autorizar a la Comisión para que examine las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible, para que se dirija al gobierno de cualquiera de los Estados americanos con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y para que les formule recomendaciones, cuando lo considere apropiado, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

4. Solicitar de la Comisión que rinda un informe anual a la Conferencia Interamericana o a la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que incluya una exposición sobre el progreso alcanzado en la consecución de los objetivos señalados por la Declaración Americana. Tal informe deberá contener una relación sobre los campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos conforme lo prescribe la citada Declaración, y formulara las observaciones que la Comisión considere apropiadas respecto de las comunicaciones que haya recibido y sobre cualquiera otra información que la Comisión tenga a su alcance⁴.

² *Idem.*, págs. 10-11.

³ Véase el texto completo del Acta Final de la Octava Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Punta del Este, Uruguay, 22 a 31 de enero de 1962, Doc. OEA/Ser.C/III.8, págs. 16-17; disponible en: <http://www.oas.org/consejo/sp/RC/RCadcas.asp>.

⁴ Véase transcripción de la Resolución XXII “Ampliación de las Facultades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, aprobada por la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, Brasil, 1965, en CIDH, Informe Anual 1976, OEA/Ser.L/VII.40, doc. 5 corr. 1, 10 marzo 1977, sección primera, disponible en Internet: www.cidh.org. Ver texto completo en el Acta Final de la Segunda Conferencia, Documentos Oficiales OEA/Ser.C/I. 13, 1965, págs. 33 y 35.

De conformidad con lo resuelto por los Estados en esta Conferencia, la Comisión modificó su Estatuto durante el período de sesiones celebrado en abril de 1966. La principal modificación fue la atribución de la facultad de examinar peticiones individuales y, en dicho marco, formular recomendaciones específicas a los Estados miembros⁵.

La CIDH se constituyó en un órgano principal de la OEA con la primera reforma de la Carta de la OEA, que se materializó con la adopción del Protocolo de Buenos Aires suscrito en 1967. La Carta de la OEA indica que mientras entrara en vigor la Convención Americana, se le asignaba a la CIDH la función de velar por la observancia de dichos derechos (Artículo 145). La reforma de la Carta, que entró en vigor en 1970, establece en su Artículo 106 que:

Habrà una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia.

El Estatuto que rige actualmente el funcionamiento de la Comisión fue aprobado en el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (La Paz, Bolivia, 1979). El Estatuto refleja las importantes innovaciones introducidas por la Convención Americana con relación a la Comisión. Así, es la Comisión Interamericana y no las y los Comisionados/as, la que representa a todos los Estados miembros de la OEA. La jerarquía institucional de sus miembros/as corresponde actualmente a la jerarquía a la que fue elevada la Comisión (Artículo 53 de la Carta). Los/as siete miembros/as que la integran son elegidos/as por la Asamblea General por un período de cuatro años (Artículo 3) y no por el Consejo de la Organización, como se preveía en el Estatuto anterior. Cabe destacar que la función de llenar las vacantes que se presentaren corresponde, de acuerdo al Artículo 11, al Consejo Permanente de la OEA.

• Composición de la CIDH

La CIDH está integrada por siete personas elegidos/as a título personal por la Asamblea General de la Organización y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. La duración de su mandato es de cuatro años, renovables por un único período adicional. La directiva de la Comisión está compuesta por un cargo de Presidente/a, Primer/a Vicepresidente/a y Segundo/a Vicepresidente/a, con un mandato de un año, pudiendo ser respectivamente reelegidos/as una sola vez en cada período de cuatro años.

• Funciones de la CIDH

La CIDH tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en las Américas. El Estatuto de la CIDH establece en sus Artículos 18, 19 y 20 las funciones y las atribuciones de dicho organismo, distinguiendo claramente sus atribuciones respecto de los Estados partes en la Convención Americana de aquellas referidas a los Estados miembros de la Organización que no son partes en la Convención Americana. Respecto a estos últimos, la competencia de la Comisión se basa en las disposiciones de la Carta de la OEA y la

⁵ CIDH, Informe sobre la labor desarrollada durante el 13º Período de Sesiones del 18 al 28 de abril de 1966, OEA/Ser.L/VII.14, doc. 35, 30 de junio de 1966, págs. 26 y 27.



práctica de la CIDH. Por su parte, la competencia de la Comisión con relación a los Estados partes en la Convención Americana emana de dicho instrumento.

En cumplimiento de su mandato, la Comisión:

- a) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado⁶.
- b) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado miembro, cuando lo considera apropiado.
- c) Realiza visitas *in loco* a los países para llevar a cabo análisis en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.
- d) Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos, tales como, las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos; la situación de derechos humanos de niños y niñas, de las mujeres, de las y los trabajadores/as migrantes y sus familias, de las personas privadas de libertad, de las y los defensores/as de derechos humanos, de los pueblos indígenas, y de las personas afrodescendientes; y de las lesbianas, los gays, las personas trans, bisexuales e intersex; sobre la libertad de expresión; la seguridad ciudadana y el terrorismo y su relación con los derechos humanos; entre otros.
- e) Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.
- f) Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Hemisferio.
- g) Solicita a los Estados Miembros que adopten “medidas cautelares”, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a los derechos humanos en casos graves y urgentes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de “medidas provisionales” en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.
- h) Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.
- i) Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana.

⁶ Respecto de los Estados que han ratificado la Convención Americana, el procedimiento de peticiones y casos individuales se rige por lo establecido en los Artículos 44 a 51 de la Convención Americana, el Artículo 19 del Estatuto y los Artículos 25 a 49 del Reglamento. Respecto de los Estados que no son parte de la Convención Americana, la Comisión examina la responsabilidad internacional de los Estados de la OEA con base en la Declaración Americana, y se encuentra facultada para ello por la Carta de la OEA. Respecto de estos Estados, el procedimiento ante la Comisión se rige de conformidad con los Artículos 28 al 44, 47 al 49, 51 y 52 de su Reglamento y el Artículo 20 de su Estatuto.

- j) Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con el Artículo 45 de dicho instrumento.

Para el cumplimiento de sus funciones, la CIDH cuenta con el apoyo legal y administrativo de su Secretaría Ejecutiva. De conformidad con el Artículo 13 del Reglamento de la CIDH, la Secretaría Ejecutiva prepara los proyectos de informes, resoluciones, estudios y otros trabajos que le encomiende la Comisión o el/la Presidente/a. Asimismo, la Secretaría Ejecutiva recibe y da trámite a la correspondencia y las peticiones y comunicaciones dirigidas a la Comisión.

• El Reglamento de la CIDH

Tanto la Convención Americana como el Estatuto de la CIDH la facultan para adoptar su propio Reglamento. La Comisión Interamericana aprobó el Reglamento actualmente vigente durante el 137º Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009; y entró en vigor el 31 de diciembre de 2009. Posteriormente, el 2 de septiembre de 2011, la CIDH, en cumplimiento de las atribuciones que le confiere el Artículo 22 de su Estatuto modificó el Artículo 11 del Reglamento. El Reglamento actual consta de 80 Artículos y está dividido en cuatro títulos.

El Título I del Reglamento hace referencia a la organización de la CIDH y consta de cinco capítulos que contienen las normas sobre la naturaleza y composición de la Comisión, sus miembros, la directiva, la Secretaría Ejecutiva y el funcionamiento de la CIDH. El Título II consta de seis capítulos, los cuales establecen las disposiciones generales aplicables al procedimiento ante la CIDH; a las peticiones referentes a los Estados partes en la Convención Americana; a las peticiones referentes a los Estados que no son partes en la Convención Americana; a las observaciones *in loco* conducidas por la Comisión; al informe anual y a otros informes; y a la celebración de audiencias sobre peticiones o casos y aquéllas de carácter general. El Título III del Reglamento se refiere a las relaciones de la Comisión con la Corte. El Capítulo I define lo referente a delegados, asesores, testigos y expertos, y el Capítulo II regula el procedimiento a seguir cuando la CIDH decide llevar un caso ante la Corte, de conformidad con el Artículo 61 de la Convención Americana. Por último, el Título IV establece las disposiciones finales referentes a la interpretación del Reglamento, su modificación y entrada en vigor.

En relación con la aprobación de este último Reglamento, y los importantes cambios que se introdujeron, la CIDH destacó que:

El objetivo central de estas reformas es avanzar en el fortalecimiento del sistema interamericano a través del afianzamiento de la participación de las víctimas, de las garantías al equilibrio procesal y de la publicidad y la transparencia, así como de la adopción de ajustes necesarios tras la reforma realizada en 2001, entre otros. Esta reforma aborda aspectos relacionados con cuatro ejes esenciales del sistema de protección de los derechos humanos: el mecanismo de medidas cautelares, el trámite de peticiones y casos, el envío de casos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, y los audiencias sobre situación de los derechos humanos en los Estados miembros⁷.

Esta reforma reglamentaria está complementada con las modificaciones introducidas al Reglamento de la Corte, cuyo texto actual entró en vigor el 1 de enero de 2010, y con la resolución del Consejo Permanente de la OEA que adopta el Reglamento para el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el objetivo de brindar apoyo financiero a las víctimas de violaciones de derechos humanos en la región que ayude a sufragar los gastos relacionados con la tramitación de peticiones y casos ante la Comisión y la Corte Interamericanas⁸.

⁷ Véase CIDH, Comunicado de Prensa No. 84/09, “CIDH publica su nuevo Reglamento”, 10 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados.asp> / sección de Prensa

⁸ Véase “Reglamento para el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser. G. CPIRES. 963 (1728/09), 11 de noviembre de 2009, disponible en www.oas.org (ver versión en español en

Al respecto, vale destacar que el 1º de marzo de 2011 entró en vigor el Reglamento de la CIDH que regula el Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El Reglamento establece que la CIDH podrá conceder recursos del Fondo de Asistencia Legal, cuando éstos estén disponibles, a peticionarios y peticionarias en denuncias que hayan sido declaradas admisibles por la Comisión, o respecto a la cual la Comisión haya comunicado su decisión de acumular el análisis de admisibilidad con el fondo del asunto. Asimismo, establece que los fondos serán concedidos a aquellas personas que demuestren la carencia de recursos suficientes para cubrir total o parcialmente gastos relativos a la recolección y remisión de documentos probatorios, así como los gastos relacionados con la comparecencia de la presunta víctima, testigos o peritos a audiencias ante la Comisión, y otros gastos que la CIDH estime pertinentes para el procesamiento de una petición o de un caso⁹.



• Sistema de peticiones y casos

La CIDH tiene dentro de sus funciones la facultad de recibir y tramitar peticiones individuales e interestatales. La base normativa de su competencia para conocer peticiones individuales se encuentra en el artículo 44 de la Convención Americana.

Mediante la presentación de una petición, la Comisión investiga una situación en que se alega la violación de derechos humanos contenidos en los instrumentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y puede formular recomendaciones al Estado responsable para que se restablezca el goce de los derechos en la medida de lo posible, para que hechos similares no vuelvan a ocurrir en el futuro y para que los hechos ocurridos se investiguen y se reparen.

La denuncia debe ser presentada contra uno o más Estados miembros de la OEA que se considere han violado los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana, la Convención Americana y otros tratados interamericanos de derechos humanos. El Estado puede llegar a ser responsable de violar los derechos humanos por acción, como consecuencia de un hacer o actuar del Estado o sus agentes; por aquiescencia, como consecuencia del consentimiento tácito del Estado o sus agentes; o por omisión, como resultado que el Estado o sus agentes no actúe/n cuando debía/n hacerlo.

La Comisión examina las peticiones en las cuales se alegan violaciones a la Convención Americana, para los Estados que la han ratificado. Para los Estados miembros que todavía no lo han hecho, se puede alegar la violación de los derechos contenidos en la Declaración Americana. Asimismo, puede alegarse la violación de un derecho protegido en otro tratado de derechos humanos del sistema en la medida que el Estado en cuestión lo haya ratificado y según las condiciones aplicables.

Para que la Comisión pueda examinar una petición, deben haberse agotado los recursos judiciales internos de conformidad con la legislación vigente en el Estado de que se trata, conforme lo establece el Artículo 46. a) de la Convención Americana. Esto supone que las personas que quieran presentar una petición ante la Comisión deben intentar previamente que los tribunales nacionales decidan sobre la situación que denuncian. Una persona agotó los recursos internos cuando el Poder Judicial emitió una decisión de última instancia. En caso de no ser posible agotar los recursos internos, se tendrán que explicar las razones ya que la regla del agotamiento previo de los recursos internos admite excepciones.

⁹ <http://www.oas.org/consejo/epresoluciones/res963.asp>.

Véase también resolución de la Asamblea General de la OEA AG/RES/2426 de 3 de junio de 2008 "creación del Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos".

⁹ Véase CIDH, Comunicado de Prensa No. 17/11 "Entra en vigor el Reglamento del Fondo de Asistencia Legal", 1 de marzo de 2011, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/017.asp>.

Los recursos judiciales internos que deben agotarse son aquellos que sean adecuados y efectivos. Un recurso judicial es adecuado cuando su interposición puede proteger el derecho que se alega violado. Por ejemplo, un recurso adecuado en el caso de una desaparición forzada es el recurso de exhibición personal o *habeas corpus*. Un recurso judicial es efectivo cuando es capaz de obtener el resultado para el cual fue creado. Por ejemplo, un recurso no es efectivo cuando el Estado no ha asegurado su debida aplicación por parte de las autoridades judiciales o cuando hay retardo injustificado en la decisión.

Las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos se encuentran en el Artículo 46 b) de la Convención Americana. En virtud a ello, la Comisión puede estudiar una petición en la que no se hayan agotado los recursos internos cuando las leyes internas no establecen el debido proceso para proteger los derechos que se alegan violados, no se ha permitido a la presunta víctima el acceso a los recursos internos o se le ha impedido agotarlos, o hay demora en emitir una decisión final sobre el caso sin que exista una razón válida. Bajo ciertas circunstancias, una persona puede estar exceptuada de agotar los recursos internos, si se encuentra en situación de extrema indigencia de tal gravedad que no le permita pagar un/a abogado/a para los casos en los cuales sea necesario contar con asistencia legal, y siempre y cuando el Estado no ofrezca este servicio de manera gratuita.

La petición debe presentarse dentro de los seis meses posteriores a la fecha de la notificación de la decisión judicial definitiva que agotó los recursos internos, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 46.1.b de la Convención Americana. Cuando hay una excepción al agotamiento de los recursos internos, el plazo de seis meses no se aplica. En ese caso, la petición deberá ser presentada dentro de un plazo razonable.

El solo hecho que una sentencia judicial no satisfaga los intereses de una persona no significa que se hayan violado sus derechos humanos, dado que la Comisión y la Corte IDH tienen competencia para revisar posibles violaciones a los derechos protegidos en los tratados interamericanos.

Luego de presentada una petición, la Comisión remite una carta acusando recibo e indicando el número de referencia que se le asignó. Una vez que se acusa recibo de la petición, estará en estudio. Dada la gran cantidad de peticiones que recibe la Comisión, la evaluación preliminar de una petición puede demorar algún tiempo. Todas las peticiones presentadas ante la CIDH son evaluadas y se da una respuesta.

Luego de una evaluación preliminar se puede decidir no abrir a trámite la petición, solicitar información o documentación adicional, o abrir a trámite. En este momento, la petición entrará en etapa de admisibilidad. Esta decisión significa que se cumplieron los requisitos necesarios para que la Comisión estudie la misma, pero no significa decisión alguna respecto a la materia presentada.

Una vez que esté en etapa de admisibilidad, la petición presentada será enviada al Estado para que presente sus observaciones. A partir de este momento, se inicia un proceso de intercambio de información, en el cual la Comisión puede solicitar mayor información para decidir sobre la admisibilidad. Cualquier información presentada por una parte, será trasladada a la otra parte. Luego de este intercambio de información, la Comisión decide si la petición es *admisible* o *inadmisible*.

Cuando una petición es *admisible*, la Comisión analizará los alegatos de las partes y las pruebas presentadas. En esta etapa, llamada etapa de fondo, la Comisión puede pedir mayor información, pruebas y documentos al Estado y a la parte peticionaria, y, de ser necesario, puede convocar una audiencia o reunión de trabajo.

Debe tenerse en cuenta que durante el proceso ante la CIDH, puede llevarse a cabo una fase de solución amistosa, la cual depende de la voluntad de las partes, y consiste en negociaciones destinadas a resolver el asunto sin la necesidad de completar el proceso contradictorio, y que se da bajo la supervisión de la Comisión. De no ser posible llegar a una solución amistosa, la Comisión continuará analizando los alegatos de las partes y decidirá sobre el caso, determinando si el Estado es o no responsable por las violaciones alegadas.

Una vez culminada la etapa de fondo, la Comisión emitirá un informe sobre el fondo que incluirá recomendaciones al Estado que pueden estar dirigidas a hacer cesar los actos violatorios de los derechos humanos, esclarecer los hechos y llevar a cabo una investigación oficial y sanción, reparar los daños ocasionados, introducir cambios al ordenamiento legal, y/o requerir la adopción de otras medidas o acciones estatales. En caso el Estado no cumpla las recomendaciones dadas por la CIDH en su informe de fondo, ésta decidirá publicar el

caso; o someter el caso a la Corte IDH si así lo considera procedente. Si la Comisión decide someter el caso a la Corte IDH, ésta lo analizará y emitirá una sentencia fundamentada. En el proceso ante la Corte IDH participan la Comisión, el Estado y la/s víctima/s.

■ Medidas cautelares

El mecanismo de medidas cautelares tiene más de tres décadas de historia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y ha servido como una herramienta eficaz para proteger los derechos fundamentales de los habitantes de los 35 Estados que se encuentran bajo la competencia de la Comisión Interamericana. La facultad de la CIDH de solicitar la adopción de acciones urgentes o dictar medidas cautelares refleja una práctica común en el Derecho internacional de derechos humanos. En el contexto particular de la región, ha operado como instrumento efectivo de protección y prevención ante posibles daños graves e irreparables a personas o grupos de personas que enfrentan situaciones de riesgo inminente. De esta manera, la Comisión ha venido cumpliendo con el mandato de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en los términos del artículo 1.06 de la Carta de la Organización, y de asistir a los Estados a cumplir con su ineludible deber de protección —el cual es su obligación en toda instancia. Las medidas cautelares se destacan por su efectividad y por su reconocimiento por los beneficiarios, los Estados miembros de la OEA, los usuarios del Sistema Interamericano, y la comunidad de derechos humanos en su conjunto.

El mecanismo de medidas cautelares es frecuentemente invocado en el Derecho internacional, existiendo como facultad de los principales tribunales y órganos establecidos por tratados a fin de no tornar abstracta sus decisiones y la protección que ejercen. Desde su creación, la Comisión ha solicitado medidas de protección a los Estados para que adopten en forma urgente medidas para evitar que la vida o la integridad personal de estos beneficiarios se vean comprometidas. Como parte del desarrollo histórico de esta figura, en el Reglamento de la CIDH del año 1980 se formalizó un procedimiento alrededor de este mecanismo. El artículo 26 de este Reglamento establecía que la adopción de medidas cautelares procedía "[e]n casos urgentes, cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas". La consagración en el Reglamento de la CIDH y su desarrollo procedimental progresivo a través de la práctica, responden al patrón histórico de construcción de mecanismos de protección propio del Sistema Interamericano. Esta provisión emana de la función de la CIDH de velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes, establecida en el artículo 18 del Estatuto de la Comisión y el artículo 41 de la Convención Americana y descansa en la obligación general que tienen los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos (artículo 1 de la Convención Americana), de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos humanos (artículo 2), y de cumplir de buena fe con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención y la Carta de la OEA. En muchos casos, los propios Estados han indicado que las medidas cautelares han sido mecanismos de tutela muy importante para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos en situaciones de altísima gravedad y urgencia.

La Asamblea General de la OEA, en reconocimiento del valor esencial de las labores que realiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha alentado a los Estados miembros a dar seguimiento a las recomendaciones y medidas cautelares de la Comisión. Asimismo, al adoptar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en el seno de la Asamblea General en el año 2004, los Estados miembros reconocieron la eficacia del mecanismo de medidas cautelares para analizar alegatos de esta naturaleza.

El mecanismo de medidas cautelares ha permanecido en el Reglamento de la Comisión por más de 30 años. La última reforma reglamentaria entró en vigor el 31 de diciembre de 2009. El Artículo 25 describe el procedimiento que rige las medidas cautelares y delinea la relación que puede existir entre una medida cautelar y el objeto de una petición o caso (artículo 25.1); la adopción de medidas cautelares independientemente de la existencia de una petición o caso (artículo 25.2); la naturaleza individual o colectiva de las medidas cautelares (artículo 25.3); la posibilidad de que la CIDH solicite información al Estado a menos que la urgencia de la situación justifique el otorgamiento inmediato de una medida cautelar (artículo 25.5); y los procedimientos relacionados con el levantamiento o cierre

de trámite de medidas cautelares (artículo 25.7 y 25.8), entre otros puntos. En el proceso de reforma, la CIDH consideró extensamente los comentarios y críticas formulados por un gran número de Estados miembros de la OEA, organizaciones de la sociedad civil, académicos y particulares de todo el continente, en respuesta a las consultas abiertas sobre el texto del proyecto preliminar de reforma".

En los últimos 30 años, las medidas cautelares han sido invocadas para proteger a miles de personas o grupos de personas que se encuentran en riesgo, en razón de su trabajo o afiliación. Entre estos grupos se encuentran, entre otros, defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas, grupos vulnerables, tales como mujeres, niños, comunidades afrodescendientes, pueblos indígenas, personas desplazadas, comunidades LGTBI y personas privadas de libertad. Adicionalmente, han protegido a testigos, operadores de justicia, personas en vías de ser deportadas a un país donde podrían enfrentar torturas o ser sujeto a tratos crueles e inhumanos y personas condenadas a la pena de muerte, entre otros. Asimismo, la CIDH ha dictado medidas cautelares a fin de proteger el derecho a la salud y la familia; y situaciones relacionadas al medio ambiente que puedan derivar en daños a la vida o la salud de las personas, o a la forma de vida de pueblos indígenas en su territorio ancestral, entre otras situaciones.

Las medidas cautelares cumplen dos funciones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales consagrados en las normas del sistema interamericano. Tienen una función "cautelar", en el sentido de preservar una situación jurídica bajo el conocimiento de la CIDH en peticiones o casos, y "tutelar" en el sentido de preservar el ejercicio de los derechos humanos. La práctica se caracteriza por desarrollar la función tutelar con el fin de evitar daños irreparables a la vida e integridad personal de la persona del beneficiario como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. Estas consideraciones han llevado al dictamen de medidas cautelares en una amplia gama de situaciones en las que no existen casos pendientes ante el sistema.

Con respecto al aspecto cautelar, las medidas pueden estar destinadas a impedir la ejecución de medidas judiciales, administrativas o de otra índole, cuando se alega que su ejecución podría tornar ineficaz una eventual decisión de la CIDH sobre una petición individual. Algunas de las situaciones tratadas por la CIDH que tienen el fin de preservar el objeto de una petición o un caso, han incluido, entre otras, solicitudes de suspensión de órdenes de deportación o extradición cuando se acredita el riesgo de que la persona sufra torturas o tratos crueles e inhumanos en el país receptor; situaciones en las que la CIDH ha instado al Estado suspender la aplicación de la pena de muerte; situaciones dirigidas a proteger las tierras de pueblos indígenas de incursiones que podrían romper la estrecha relación entre el pueblo y sus tierras tradicionales y recursos naturales, o poniendo en riesgo la sobrevivencia de la cultura. Al dictar medidas cautelares en estas situaciones, la CIDH solicita al Estado suspender la actividad que podría producir una vulneración a los derechos del beneficiario hasta que los órganos del Sistema Interamericano se pronuncien sobre el fondo del caso relacionado.

La CIDH ha otorgado también medidas cautelares a fin de proteger una gama más amplia de derechos, tal y como los derechos a la salud y a la familia cuando están presentes los elementos de gravedad, urgencia e irreparabilidad. Asimismo, se han dictado medidas para evitar daños a la vida o la salud derivadas de la contaminación ambiental.

Al analizar una solicitud de medidas cautelares, la Comisión estudia la concurrencia de tres condiciones: i) la "gravedad"; ii) la "urgencia", y iii) que se trate de "evitar daños irreparables a las personas".

La Comisión desea resaltar que el análisis de la solicitud de medidas cautelares se realiza tomando en cuenta las particularidades de cada situación en concreto, el cual no puede sujetarse a criterios estrictos y generalizados sino que atiende a la naturaleza del riesgo y el daño que se pretende evitar. Sin perjuicio de lo anterior; a continuación la CIDH señalará algunos de los elementos que ha tenido en cuenta al valorar las solicitudes de medidas cautelares, sin que éstos constituyan requisitos necesarios para su otorgamiento o tengan un carácter exhaustivo.

Respecto al carácter "urgente" de la situación objeto de solicitud de medidas, la amenaza o riesgo involucrado debe ser inminente, lo cual requiere que la respuesta para remediarlo sea inmediata, en forma tal que en el análisis de este aspecto corresponde valorar la oportunidad y la temporalidad de la intervención cautelar o tutelar solicitada. Para valorar este aspecto, la CIDH ha considerado elementos como: a) la existencia de ciclos de amenazas y agresiones que demuestran la necesidad de actuar en forma inmediata; y b) la continuidad y proximidad temporal de las amenazas, entre otros.

A los efectos de evaluar los requisitos de gravedad y urgencia, la CIDH ha tenido en cuenta además, información relacionada con la descripción de los presuntos hechos que fundamentan la solicitud (amenazas telefónicas/escritas/atentados/hechos de violencia/señalamientos/ultimátum); la identificación del origen de las amenazas (particulares, particulares con vínculos con el Estado, agentes del Estado, otros); las denuncias formuladas ante las autoridades; las medidas de protección de las cuales ya sean beneficiarios e información sobre su efectividad; la descripción del contexto necesario para valorar la gravedad de las amenazas; la cronología y proximidad en el tiempo de las amenazas proferidas; la identificación de personas afectadas y, de ser relevante, su afiliación y el grado de riesgo.

Asimismo, la CIDH ha tomado en consideración elementos propios del país al cual se refiere la solicitud, como: a) la existencia de un conflicto armado, b) la vigencia de un estado de emergencia, c) los grados de eficacia e impunidad en el funcionamiento del sistema judicial, d) los indicios de discriminación contra grupos vulnerables, y e) los controles ejercidos por el Poder Ejecutivo sobre los demás poderes del Estado, entre otros.

En cuanto al requisito de "irreparabilidad del daño", es necesario que en los hechos que fundamentan la solicitud se advierta una probabilidad razonable de que se materialice y el daño no debe recaer en bienes o intereses jurídicos que puedan ser reparables.

Es importante destacar que la denuncia previa de la situación de riesgo ante una autoridad no constituye un requisito adicional para el otorgamiento de una medida cautelar, pero tal como se establece en el artículo 25.4 es un elemento que tomará en cuenta la Comisión al evaluar la solicitud. A ese respecto, cuando se ha denunciado a nivel interno, la CIDH puede valorar la eficacia o ineficacia de la respuesta brindada por el Estado. Asimismo, cuando el solicitante no haya realizado denuncia es importante para la Comisión conocer las razones por las cuales se abstuvo de hacerlo.

Antes de adoptar la decisión final de otorgar o rechazar una solicitud de medidas cautelares, la CIDH puede requerir información al solicitante de las medidas, al Estado concernido, o a ambos. Gran parte del trabajo realizado por la Comisión se refiere al seguimiento de solicitudes de informaciones realizadas al Estado y a los peticionarios. La falta de respuesta tanto del Estado como de los peticionarios a las solicitudes de información, constituye un elemento de valoración para la CIDH al momento de determinar si se otorga o no la medida solicitada.

Cabe señalar que si la medida no es otorgada, esto no obsta para que el peticionario presente una nueva solicitud de protección si considera que existe información adicional o si se producen nuevas circunstancias de hecho.

Los Estados, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales deben dar la protección efectiva para evitar la situación de riesgo presentada. Asimismo, son las partes las que deben diseñar el tipo de medidas materiales más adecuadas, y/o de otro carácter, para atender las situaciones planteadas y prevenir la consecución de situaciones de riesgo adicionales.

La CIDH utiliza varias herramientas a su disposición para facilitar el seguimiento y monitoreo de las medidas cautelares: intercambio de comunicaciones; convocatorias a reuniones de trabajo o audiencias en el marco de los periodos de sesiones de la CIDH, reuniones de seguimiento dentro del marco de visita in loco o de trabajo de la CIDH o de la Relatores de País; comunicados de prensa, informes temáticos, o informes sobre el país particular.

La Comisión reconoce la respuesta positiva de los Estados a las medidas cautelares. Esto se ha visto reflejado cuando los Estados asignan medidas de protección concretas a favor de los beneficiarios (e.g. escoltas, el blindaje de oficinas, medios directos de comunicación con las autoridades, protección de los territorios ancestrales, entre otros), tomando en cuenta su opinión y la de su representante; cuando participan activamente presentando información a las solicitudes de la CIDH o en las reuniones de trabajo y audiencias de seguimiento sobre medidas cautelares; al crear dentro de sus países mesas de trabajo interinstitucionales a fin de implementar las medidas de protección requeridas por los órganos del Sistema Interamericana al incorporar en su jurisprudencia y legislación el cumplimiento de las medidas cautelares.

• Relatorias y Unidades Temáticas

A partir del año 1990, la Comisión Interamericana empezó a crear Relatorias Temáticas con el objeto de brindar atención a ciertos grupos, comunidades y pueblos que se encuentran especialmente expuestos a violaciones

de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y por la discriminación histórica de la cual han sido objeto. La finalidad de crear una Relatoria Temática es fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en ese tema. Con la misma finalidad, en 2001 la CIDH creó la Unidad de Defensores de Derechos Humanos, la cual fue convertida en Relatoria en 2011. El siguiente cuadro muestra las Relatorias y Unidades con las que cuenta actualmente la CIDH, así como su año de creación.

Relatoria / Unidad	Año de creación
Relatoria sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	1990
Relatoria sobre los Derechos de las Mujeres	1994
Relatoria sobre los Derechos de los Migrantes	1996
Relatoria Especial para la Libertad de Expresión	1997
Relatoria sobre los Derechos de la Niñez	1998
Relatoria sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos	2001
Relatoria sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad	2004
Relatoria sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial	2005
Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays y las Personas Trans, Bisexuales e Intersex	2011

En el Reglamento de la CIDH aprobado durante el 132º período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008, la Comisión Interamericana introdujo una reforma al Artículo 15 sobre "Relatorias y Grupos de Trabajo", introduciendo por primera vez en dicho instrumento el concepto de "Relatoria Temática".

El Reglamento vigente, aprobado en su 137º período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, establece que las Relatorias "podrán funcionar ya sea como relatorias temáticas, a cargo de un miembro de la Comisión, o como relatorias especiales, a cargo de otras personas designadas por la Comisión".

En general, las relatorias y relatores temáticos son designados por la CIDH durante el primer período de sesiones del año, pero el Reglamento prevé que estas designaciones pueden ser revisadas y modificadas en cualquier momento que resulte necesario". Asimismo, establece que los parámetros conforme a los cuales la Comisión designa a las personas a cargo de las relatorias especiales, y establece para los mismos un período de tres años, renovable por un período más.

• Relatoria sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Para los órganos del sistema interamericano la protección y el respeto de los derechos de los pueblos indígenas es un asunto de especial importancia. La Comisión Interamericana en el año 1972 sostuvo que por razones históricas, principios morales y humanitarios, era un compromiso sagrado de los Estados proteger especialmente a los pueblos indígenas. En el año 1990 creó la Relatoria sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área.

Desde la década de los ochenta la Comisión Interamericana se ha pronunciando en forma sistemática sobre los derechos de los pueblos indígenas en sus informes especiales y a través del sistema casos, en informes



de admisibilidad, informes de fondo, informes de solución amistosa, el mecanismo de medidas cautelares, como también a través de demandas y solicitudes de medidas provisionales interpuestas ante la Corte Interamericana.

En este sentido, la Comisión Interamericana ha expresado la necesidad de exigir una especial protección al derecho de los pueblos indígenas sobre sus territorios, porque su goce efectivo implica, no sólo la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra. En el informe sobre la

Situación de los Derechos Humanos en Guatemala del año 1993, la Comisión Interamericana expresó: "Desde el punto de vista de los derechos humanos en tanto propiedad de una persona, un pequeño plantío de maíz merece el mismo respeto que una cuenta bancaria o una fábrica moderna".

Los órganos del sistema de protección de los derechos humanos han desarrollado una jurisprudencia progresiva en la que se reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La importancia que la Comisión otorga a los derechos de los pueblos indígenas se ha traducido en un fortalecimiento de la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, obteniéndose significativos logros. Como lo expresó una dirigente indígena: Al sistema interamericano de derechos humanos no sólo los abogados pueden llegar, no sólo los doctores pueden llegar, sino también los pueblos indígenas pueden llegar.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos creó en el año 1990 la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el objeto de brindar atención a los pueblos indígenas de América, que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad, así como de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia Comisión Interamericana en el área. En específico, la Relatoría tiene como mandato la realización de las siguientes actividades:

- Promover el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de protección a los pueblos indígenas, y en especial, promover el avance y consolidación de la jurisprudencia del sistema sobre derechos de los pueblos indígenas. En este ámbito, promover y facilitar el acceso de los pueblos indígenas al sistema interamericano.
- Participar en el análisis de peticiones individuales y solicitudes de medidas cautelares en las que se aleguen presuntas violaciones de los derechos de los pueblos indígenas y/o de sus miembros.
- Apoyar la realización de visitas in loco a los países miembros de la OEA para profundizar en la observación general de la situación, y/o para investigar una situación particular de pueblos indígenas, así como participar en la preparación del informe respectivo de la visita.
- Elaborar informes temáticos sobre aspectos atinentes a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el hemisferio, que contengan recomendaciones a los Estados miembros de la OEA sobre la adopción de medidas que contribuyan a promover y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- Realizar y participar en conferencias, seminarios y reuniones de distinto carácter con representantes de los gobiernos, la academia, la sociedad civil y los pueblos indígenas con el objeto de difundir y analizar los temas propios de su mandato.
- Prestar colaboración permanente a la presidencia y al Grupo de Trabajo del Consejo Permanente de la OEA encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.2 REQUISITOS PARA PRESENTAR UNA PETICIÓN ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Leonardo Alvarado*

A continuación se presenta una breve explicación de los requisitos para presentar una petición o demanda ante el sistema interamericano y algunos comentarios sobre los problemas procedimentales que pudieran enfrentar peticionarios indígenas en la presentación de sus demandas.

Para presentar una petición ante la Comisión Interamericana (la cual es la primera instancia que se debe acudir dentro del SIDH) primero se tiene que acudir al sistema legal nacional del Estado en cuestión; esto corresponde a la etapa preliminar de admisibilidad que antecede la etapa de decisión sobre el fondo de un caso. La Convención Americana establece que una petición requiere que el peticionario haya "interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna" y que la petición "sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en [que la víctima] haya sido notificado[a] de la decisión definitiva"¹⁰. Según la Convención, existen tres excepciones en donde el requisito de agotamiento de recursos internos no aplicaría, que consisten en situaciones en que:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos¹¹.

El objeto de este requisito es dar al Estado una oportunidad para subsanar la violación alegada por una víctima antes de tener que responder ante una instancia internacional. Ello implicaría una evaluación de los recursos judiciales interpuestos por un peticionario ante los tribunales nacionales, lo que puede incluir por ejemplo, la presentación de un recurso de *habeas corpus* para indagar sobre el paradero de una persona detenida o desaparecida. Esta situación presenta desafíos particulares para los pueblos indígenas ya que la naturaleza de muchas de sus demandas ante el SIDH se centra muchas veces en aspectos colectivos de su uso de tierra, de su administración de sus recursos naturales o de sus formas propias de educación, estructuras sociales, religión y cultura.

El derecho positivo que forma parte de muchos de los países latinoamericanos históricamente no ha reconocido las formas colectivas de tenencia de la propiedad de los pueblos indígenas o de sus formas particulares de organización social, política y económica así como de sus respectivos idiomas, cosmovisiones y espiritualidad. En las últimas dos décadas es posible constatar importantes avances en la región latinoamericana en materia de reconocimiento de los pueblos indígenas como tales, y de sus derechos territoriales y a la preservación de sus lenguas, usos, costumbres y prácticas espirituales. Al respecto se pueden citar los ejemplos de las constituciones de Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela y Bolivia.

No obstante estos avances, existen muchas limitaciones dentro de los distintos países de la región en cuanto a la disponibilidad de recursos judiciales que pudieran ser utilizados de forma directa por los pueblos indígenas ante cualquier acción del Estado o personas particulares que atenten contra sus derechos. Es posible para muchos Estados demandados alegar que el requisito de agotamiento de recursos internos no ha sido cumplido frente a situación en donde no existan recursos judiciales adecuados para la reivindicación de derechos

* Profesor Adjunto Asistente de Derechos Humanos de la Universidad de Arizona.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (Adoptado el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978), art. 46.1.

¹¹ *Ibid.*, art. 46.2.

de los pueblos indígenas. Es por ello, que al considerar la presentación de una petición ante la CIDH, se debe precisar cuales son las demandas específicas del pueblo en cuestión en contra del Estado, lo que dispone la legislación nacional sobre los derechos que son reclamados, y si se ha acudido a algún tribunal o alguna otra institución estatal para presentar una denuncia.

Se puede suponer que desde la perspectiva de un órgano internacional tal como la CIDH, se analizarán los derechos reconocidos a favor de los pueblos indígenas dentro de la constitución, legislación, decretos y jurisprudencia de los tribunales del país en cuestión. En este sentido, es necesario verificar la existencia de previsiones constitucionales o legislativas que traten sobre algún tema relacionado con pueblos indígenas, así como aquellos mecanismos que puedan ayudar a resolver la demanda particular o el reclamo de un determinado pueblo o comunidad indígena.

Al respecto se sugiere constatar la existencia de reconocimiento legal de su territorio ancestral de forma colectiva, su derecho a ser consultados sobre cualquier proyecto que impacte sus territorios y recursos naturales, o el derecho a que miembros de pueblos indígenas cuenten con un intérprete en su respectivo idioma dentro de los procesos legales a que tengan que acudir. Por lo tanto, un importante punto preliminar que debe resolverse es identificar el derecho que se busca proteger o reivindicar y cómo lograr ese objetivo de la forma más directa a través de la legislación y procesos judiciales internos.

Por ejemplo, en varios Estados latinoamericanos, las constituciones nacionales reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas respecto a sus territorios y al uso de los recursos naturales que se encuentran dentro de esos territorios. Sin embargo, en muchos casos los pueblos o comunidades no cuentan con un título colectivo sobre sus tierras tradicionales. En dichas circunstancias, se aconseja verificar si la legislación interna de ese país ofrece algún mecanismo para solicitar y obtener la delimitación, demarcación y titulación de sus tierras ancestrales. Se podría investigar si existe alguna entidad estatal, tal como un instituto de reforma agraria, intendencia de la propiedad, o comisión especial para la demarcación territorial indígena, que se encargue de legalizar tierras en el país en cuestión y que tenga el mandato de llevar a cabo la legalización de las tierras colectivas de los pueblos indígenas.

Si en dicho país existen leyes que reconocen los derechos colectivos aludidos o que existen instituciones especiales a las que se podrían acudir para obtener el reconocimiento de sus derechos de propiedad, entonces es necesario verificar si éstas dan una respuesta pronta y efectiva a las demandas que hagan los pueblos indígenas. Si una comunidad o pueblo indígena ya ha acudido a una institución encargada de demarcar tierras indígenas y ésta no ha resuelto su solicitud por varios años, puede alegarse que existe un "retardo injustificado" en una decisión por el Estado con respecto a su demanda particular. Todo lo cual podría permitir una excepción al requisito de agotamiento de recursos internos.

Si en el país en cuestión no existe un reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, o si, a pesar de que la constitución nacional reconoce los derechos colectivos de propiedad indígena, no existen instituciones que permitan responder a sus demandas específicas para la titulación de tierras a título colectivo de pueblos indígenas, esto también podría considerarse una excepción al agotamiento de recursos internos por no existir "en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados".



Foto: UNICEF/Infancia Latina

Ahora bien, es muy importante demostrar efectivamente el requisito de agotamiento de recursos internos por medio de recursos judiciales. Un recurso existente en los sistemas legales latinoamericanos es el *amparo* o *tutela* de derechos constitucionales. En la mayoría de los países de la región, este tipo de recurso tiene como objeto impugnar cualquier acción u omisión por parte de un ente estatal (en algunos casos por parte de personas particulares) que vulnere algún derecho fundamental reconocido por la constitución del respectivo país. La vía del amparo generalmente representa un mecanismo específico para cumplir con el agotamiento de recursos internos, particularmente si la constitución de su país otorga algún reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, recursos naturales o algún otro aspecto de su cultura, patrimonio u organización política y cultural.

Es posible servirse de otros recursos judiciales para proteger derechos reconocidos por la legislación interna. Si ese es el caso, se debería considerar utilizar cualquier recurso judicial, administrativo o contencioso-administrativo que disponga alguna ley, tomando en cuenta los plazos que da la ley para que un tribunal dictamine sobre tal recurso y los plazos para apelar cualquier decisión de dicho tribunal. Hay que recordar que una demanda ante la CIDH se debe presentar dentro de seis meses de haberse notificado la decisión definitiva sobre el caso. Si hay demoras en resolver una demanda ante una primera instancia judicial o en el proceso de apelación, esto podría considerarse como una excepción por demora injustificada.

Al mismo tiempo es importante tener en cuenta que dentro de la práctica de los órganos del sistema interamericano, la existencia del requisito de agotamiento de recursos internos no significa que un peticionario tiene que realizar todas las acciones judiciales concebibles¹². Según la jurisprudencia de la Corte IDH, los recursos internos de un Estado deben ser "sencillos, rápidos y efectivos", y en este contexto la Corte ha sostenido que es precisamente "la institución procesal del amparo la que reúne las características necesarias para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, esto es, la de ser sencilla y breve"¹³.

Si las circunstancias de un caso no dan lugar a un recurso de amparo o tutela, ni existe tampoco una legislación específica sobre pueblos indígenas en un país, el agotamiento de recursos internos podría demostrarse mediante otros recursos. Por ejemplo, se pueden presentar denuncias o querrelas penales en contra de personas particulares por contaminación u otras violaciones de leyes ambientalistas o penales, si tienen relación con el medio ambiente del territorio reclamado por un pueblo indígena o por delitos penales contra la seguridad e integridad personal de los miembros de un pueblo indígena que buscan proteger su derecho colectivo a la tierra, recursos naturales o cultura. En este último caso, se podrían analizar acciones de forma global para demostrar los diversos recursos presentados o planteados por un peticionario indígena contra el Estado. Es posible también que un pueblo indígena demuestre que ha tomado una serie de acciones para resolver su demanda particular ante las instituciones del Estado, tales como denuncias de carácter penal, acciones de índole administrativo o que hagan parte de una negociación o cabileo político, remisión de cartas o denuncias a distintos funcionarios de gobierno¹⁴.

En conclusión, las peticiones presentadas por los pueblos indígenas relacionadas con sus derechos colectivos podrían ser objeto de dificultades de admisibilidad, considerando lo difícil que resulta demostrar el agotamiento de los recursos internos en las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Sin embargo, los recursos de amparo o tutela pueden resultar útiles, particularmente cuando la constitución de un país reconoce los derechos territoriales, sociales, políticos y culturales de los pueblos indígenas, y por lo tanto pueden servir para cumplir con el criterio de agotamiento de recursos internos. Al plantear los puntos medulares de una demanda contra el Estado, la comunidad o pueblo indígena debería exponer las diversas acciones tomadas para resolver sus problemas, tales como el envío de cartas a funcionarios de gobierno, la celebración de negociaciones con

12. Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press (2003), pág. 133.

13. Ver, Cte. IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 131, citando el Caso del Tribunal Constitucional, Sentencia de 31 de enero 2001, Cte. I.D.H. (Serie C) No. 71, párr. 53; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Cte. IDH. (Serie A) No. 9, párr. 23; Ver también, Pasqualucci, *supra* nota 12, pág. 133.

14. Ver e.g., CIDH, Informe de Admisibilidad, Petición 12.354, Pueblo Indígena Kuna de Madingandi y Embera de Bayano y sus Miembros (Panamá), 21 de abril de 2009, párrs. 37-39; CIDH, Informe No. 105/09 de Admisibilidad, Petición 592-07, Grupo de Tratado Hu'qum'num (Canadá), 30 de octubre de 2009, párrs. 32-41.



representantes de gobierno o la presentación de denuncias a nivel administrativo o penal. En algunos casos, se podría demostrar que el aparato legal de un Estado ha demorado demasiado en responder a las demandas de los pueblos indígenas, por tratarse de temas en que los tribunales o entes administrativos no reconocen las particularidades de las demandas de los pueblos indígenas. En dicho caso, es importante comprobar que se ha cumplido con las excepciones al requisito de agotamiento de recursos internos, ya sea por la inexistencia de un debido proceso para defender su derecho en el sistema legal o porque ha habido un retardo injustificado en la toma de decisión sobre cualquier demanda o denuncia presentada por pueblos indígenas. Lo importante es presentar claramente los derechos que se han buscado reivindicar y las acciones realizadas en el período correspondiente para resolver tal demanda.

EN LA PRÁCTICA

¿Quiénes pueden presentar denuncias ante la Comisión Interamericana?¹⁵

La Comisión Interamericana puede recibir denuncias presentadas por una persona o por un grupo de personas o por organizaciones no gubernamentales legalmente reconocidas en algún Estado miembro, por la violación de uno o varios derechos consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

¿Qué requisitos debe cumplir una petición ante la Comisión Interamericana?

Según la Convención Americana y el Reglamento de la Comisión, las peticiones deben reunir ciertos requisitos para ser admitidas. Estos requisitos son:

- los recursos internos deben haber sido agotados;
- la petición debe ser presentada dentro de los seis meses siguientes a la fecha en la que el peticionario fue notificado de la sentencia definitiva que puso fin a la jurisdicción interna; en caso de no haber decisión final (bien porque el derecho interno no la consagra, la persona se ha visto en la imposibilidad de acceder a los recursos, o porque existe una demora injustificada en su trámite) la petición debe presentarse dentro de un plazo razonable, que se cuenta desde que ocurrieron los hechos;
- en la petición se debe indicar si ésta ha sido sometida ante otro procedimiento de arreglo internacional;
- la petición debe contener una relación de los hechos que configuren una violación de los derechos garantizados por la Convención, en la que se indique el lugar, la fecha y las circunstancias en que ocurrieron las violaciones;

¹⁵ Fundación para el Debido Proceso Legal, Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas, pp.54-59.

- la petición debe contener los datos de quien la presenta: nombre, nacionalidad y firma y, de ser posible, el nombre de la víctima;
- la petición debe contener, de ser posible, los nombres de las autoridades públicas que hubieren conocido la situación denunciada;
- la petición debe indicar cuál es el Estado que el peticionario considera responsable de la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana o en otros instrumentos aplicables.

La Comisión puede tramitar denuncias individuales contra Estados que no han ratificado la Convención Americana, las cuales se tramitarán bajo la Declaración Americana y no podrán ser sometidas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿Cuál es el trámite que sigue la Comisión para estudiar quejas o peticiones individuales?

El trámite de las quejas o peticiones individuales ante la Comisión es el siguiente:

- si la petición reúne los requisitos mencionados, la Comisión la transmite al Estado y le solicita información;
- el Estado debe enviar la información solicitada dentro de un plazo máximo de 90 días desde el envío de la primera solicitud de información;
- un resumen de la respuesta del Estado es enviado a los peticionarios, quienes tienen un plazo de 30 días para responder a los argumentos del Estado;
- después de considerar la posición de ambas partes, la Comisión decidirá si el caso es o no admisible.
- si la Comisión declara el caso admisible, se abre la etapa de fondo, en la que se analiza si el Estado incumplió o no sus obligaciones internacionales;
- durante el trámite del caso, la Comisión puede celebrar audiencias con el objetivo de oír a las partes y/o a testigos;
- durante el trámite del caso, la Comisión puede ponerse a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa;
- si la Comisión considera que no se puede llegar a un arreglo amistoso y que efectivamente existió una violación de los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos, prepara un informe de fondo que contiene las recomendaciones que el Estado debe adoptar para reparar los derechos vulnerados;
- si el Estado involucrado no cumple con las recomendaciones de la Comisión, ésta puede publicar el informe de fondo o enviar el caso a la Corte Interamericana de Derechos humanos, siempre y cuando el Estado haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte.



1.3 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La protección regional de los derechos humanos por la Corte Interamericana: retrospectiva y futuro

Hernán Salgado Pesantes*

1. Introducción

En el siglo XX, después de la segunda guerra mundial, se estructuran nuevos organismos mundiales -como las Naciones Unidas- y regionales -como la OEA para nuestro Continente- y, dentro de este marco, se adoptan múltiples tratados para la protección de los derechos de la persona.

A partir de la Declaración Universal y de la Declaración Americana de Derechos -1948- se buscó dar un paso adelante. Se habían consagrado los derechos pero faltaba crear mecanismos jurisdiccionales que, en el ámbito específico de los derechos humanos, controlen el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados. De este modo, la protección de los derechos alcanzaría un margen de efectividad.

Dentro de la perspectiva señalada, los países del Consejo de Europa crearon en 1953 la Corte Europea de Derechos Humanos y, posteriormente, en el contexto regional de la OEA, surgió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que comenzó a funcionar a partir de 1979.

El origen inmediato de la Corte Interamericana está en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969, que constituye un importante instrumento jurídico -el mayor en materia de derechos de nuestro Continente- donde se consagran los derechos y las libertades de la persona, al tiempo que se establece la obligación de los Estados de respetarlos y de garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna. Además, los Estados partes de la Convención- asumen el deber de adoptar *las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*¹⁶.

La mayoría de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos han ratificado o se han adherido a la Convención; es de lamentar que no lo hayan hecho los Estados Unidos y Canadá, lo cual restringe

* Profesor de Derecho Constitucional y del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, fue Juez y Presidente (1997-99) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este texto consiste en una versión actualizada de la clase dictada por el Dr. Pesantes en el XXV Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano en Río de Janeiro en agosto de 1998.

¹⁶ Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para la obligación de respetar los derechos el Art. 1 de la misma.

el ámbito regional de nuestro sistema de protección de los derechos humanos para convertirse en un sistema latinoamericano.

2.- Órgano jurisdiccional regional

La Convención Americana, con el propósito de garantizar de modo efectivo el respeto a los derechos, establece dos órganos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; los dos órganos según el Artículo 33 de la Convención- tienen competencia "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes" en la Convención, pero cada órgano tiene una naturaleza jurídica propia.

Mientras la Comisión Interamericana debe promover la observancia y la defensa de los derechos, para lo cual cuenta con determinados procedimientos de carácter judicial y emite recomendaciones; la Corte tiene una naturaleza eminentemente jurisdiccional, debe conocer y resolver mediante sentencia los casos de violación de derechos. La Corte, como dice su Estatuto, "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención"¹⁷.

La aplicación e interpretación de las normas convencionales en la región, constituyen los dos aspectos esenciales que sintetizan la actividad de la Corte y para los cuales tiene amplia competencia¹⁸. Si se presentara una controversia sobre la competencia de la Corte corresponde a ésta decidir, de acuerdo con un principio de Derecho Internacional generalmente aceptado.

3.- Jurisdicción de carácter subsidiario

Hay que tener presente que la función jurisdiccional que desarrolla la Corte Interamericana es de naturaleza "coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos", como lo señala el preámbulo de la Convención. Esta es una característica de la protección internacional de los derechos humanos, la cual no sustituye a la tutela procesal que cada país debe brindar dentro de su jurisdicción. Y por ello, los afectados por la violación de un derecho deben acudir - en condiciones normales - a su ordenamiento interno y agotar los recursos existentes: requisito indispensable para acudir al órgano internacional.

Lo expuesto nos lleva a reflexionar que para garantizar una efectiva protección de los derechos y libertades es indispensable que los organismos judiciales de nuestros Estados se modernicen y alcancen un óptimo desarrollo en todos los aspectos. Si se consolida la justicia interna, la necesidad de acudir a una instancia supranacional se dará en menor medida.

4.- Perfil organizativo

La Corte, con sede en San José de Costa Rica, se compone de siete jueces elegidos por la Asamblea General de la OEA, a título personal, por lo que en consecuencia no son representantes del Estado de su nacionalidad, lo cual contribuye a garantizar su independencia: elemento fundamental para toda administración de justicia. La más reciente enmienda del reglamento establece que los jueces no podrán participar en el conocimiento y deliberación de una petición individual sometida a la Corte cuando sean nacionales del Estado demandado. Adicionalmente, solamente se autoriza la designación de jueces ad hoc en casos originados en comunicaciones interestatales¹⁹.

La Secretaría de la Corte es permanente, los jueces no lo son. Estos se reúnen en periodos de sesiones ordinarias (generalmente de dos semanas) o extraordinarias; en los últimos tiempos se ha logrado que se realicen cuatro periodos de sesiones por año, lo cual, sin embargo, no es suficiente dado que el número de casos que

¹⁷ Art. 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ Art. 62.3 de la Convención establece esta competencia de la Corte "para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención..."

¹⁹ Art. 55 de la Convención y Art. 19 del Reglamento.

debe conocer la Corte va en aumento. Creo que ha llegado el momento de pensar en una Corte permanente para que pueda tramitar y resolver, sin dilaciones, las diversas causas, contando además con suficiente personal administrativo y de abogados.

Al respecto, una posible reforma a la Convención podría contemplar, también, el aumento del número de jueces a once (número que tiene mayor consenso entre los especialistas), lo que permitiría a la Corte a trabajar ágilmente en dos salas.

El período de duración de los jueces es de seis años y pueden ser reelectos por una sola vez; la Corte se renueva parcialmente a mitad del período. El quórum necesario para deliberar es de cinco y las resoluciones se toman por mayoría simple.

5.- Función Jurisdiccional de la Corte

Las funciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de dos clases: la jurisdiccional o contenciosa y la función consultiva.

Reconocimiento de la competencia. Al examinar la función jurisdiccional hay que comenzar señalando que para que la Corte pueda conocer una demanda contra un Estado, por violación de uno o más derechos establecidos en la Convención, es necesario que dicho Estado haya reconocido de modo expreso la competencia del Tribunal Interamericano "como obligatoria de pleno derecho", caso contrario no podría tramitarse la causa. Esta declaración lo puede hacer el Estado al ratificar o adherirse a la Convención o en otro momento posterior²⁰.

Al presente veinte Estados han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte de la Corte Interamericana²¹, lo cual es de suma importancia para la consolidación del sistema.

No han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana la mayoría de países angloparlantes del Caribe (con la excepción de Jamaica y Barbados); tampoco lo ha hecho Cuba por la situación marginal en que se encuentra y es de esperar que vuelva a reincorporarse a la OEA. Los Estados Unidos y Canadá al no ratificar la Convención tampoco han considerado la posibilidad de reconocer a la Corte.

Papel de la Comisión Interamericana. Los casos de violación de derechos son presentados ante la Corte a través de la Comisión²². La víctima o sus familiares o representantes -es decir, los peticionarios- denuncian ante la Comisión el agravio de que han sido objeto por parte de un Estado y de ser aceptada la denuncia -declarada admisible- se da inicio al procedimiento en el seno de la Comisión.

La Convención, en su Art. 46, establece los requisitos que la denuncia o petición debe cumplir para que sea admitida por la Comisión, entre ellos están: 1) la interposición y agotamiento de los recursos internos; 2) presentación de la denuncia dentro del plazo de los seis meses, a partir de la fecha en que se le notificó al lesionado la decisión definitiva.

Estos dos requisitos no son exigibles en aquellos casos en que no se haya permitido a la víctima recurrir a la jurisdicción interna o se le haya impedido agotarlos, o si existe un retardo injustificado en decidir sobre tales recursos, o cuando la legislación interna del respectivo Estado no contempla el debido proceso legal para proteger los derechos cuya violación se alega.

Otros dos requisitos para la admisibilidad de la denuncia ante la Comisión son: 3) que la materia de la denuncia "no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional"; y, 4) que la denuncia contenga el nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y la firma del peticionario o de su representante.

Debe señalarse que estos requisitos, que determinan la admisibilidad de un caso por parte de la Comisión, son también exigibles por parte de la Corte. El pronunciamiento de la Comisión sobre la admisibilidad debe darse, en lo posible, en la fase inicial del caso; pero en ocasiones esta cuestión queda unida al fondo del caso.

20 Art. 61.1 de la Convención. En el párrafo 2 de este artículo se establece que el reconocimiento de la competencia de la Corte puede hacerse el Estado por un plazo determinado o para un caso específico. En la práctica los reconocimientos son hechos de manera indeterminada.

21 Hay que señalar que Trinidad y Tobago denunció la Convención el 26 de mayo de 1996, mientras que Venezuela la denunció el 10 de septiembre de 2012, habiendo transcurrido un año en cada caso, por lo tanto ambas denuncias han surtido sus efectos.

22 También los Estados partes en la Convención podrían presentar directamente, contra otro Estado, un caso por violación de derechos ante la Corte, pero en la práctica no se ha dado tal situación que está contemplada en el Art. 61.1 de la Convención.

Pasaremos por alto los diversos aspectos de trámite que recibe una denuncia ante la Comisión: la notificación al respectivo Estado, las audiencias que realiza y las pruebas que recoge; en todo momento busca una solución satisfactoria y de no encontrarla la Comisión podría, dentro del plazo de tres meses a partir del informe provisional enviado al respectivo Estado (Art. 51), someter el caso a conocimiento de la Corte.

La Convención omite señalar en qué casos debe la Comisión enviar a la Corte los asuntos contenciosos, tramitados ante ella. Para suplir esta deficiencia, la Comisión ha establecido diversos criterios, generalmente cuando el caso reviste gravedad y hay renuencia del Estado a solucionarlo.

Locus standi o capacidad procesal Como se observa, los peticionarios no tienen acceso directo a la Corte, necesariamente deben acudir a la Comisión Interamericana con sede en la ciudad de Washington. Una vez presentado un caso contencioso ante la Corte, la Comisión debe comparecer y ser tenida como parte, así lo establecen los artículos 57 de la Convención y 28 del Estatuto de la Corte.

Este punto, relativo al locus standi, es actualmente debatido, la tendencia es a permitir a las personas el acceso directo a la Corte; si esta cuestión fuera aceptada sería necesario proceder a una reforma de la Convención (Art. 61.1) y también de su Estatuto en lo pertinente.

La Corte, al introducir algunas reformas a su Reglamento en septiembre de 1996, dio un paso adelante al permitir que en la etapa de reparaciones -posterior a la sentencia de fondo- puedan intervenir los representantes de las víctimas o de sus familiares con independencia de la Comisión y "presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma"²³.

Otro paso significativo han sido las reformas emprendidas en el año 2009 que otorgan locus standi a las víctimas o a sus representantes²⁴. Todo esto complementado con la adopción de un "Fondo de Asistencia Legal del Sistema Interamericano"²⁵. Por su parte, la enmienda al reglamento efectuada de noviembre de 2009 consagra la figura del Defensor Interamericano a título de representante de las presuntas víctimas que carecen de representación legal.

6.- Características procesales

En la tramitación de las causas, la Corte Interamericana observa el procedimiento que suele ser utilizado por los tribunales internacionales, los cuales -en principio- tienden a liberarse del rígido y excesivo formalismo que, generalmente, predomina en el ordenamiento interno de los Estados. Las normas procesales son dictadas por la propia Corte de acuerdo con la facultad que el concede su Estatuto; dichas normas están contenidas en su Reglamento²⁶.

El procedimiento del órgano interamericano de justicia se adapta a su objeto y fin, que es la protección de los derechos humanos, por ello reviste algunas características particulares que le diferencian del procedimiento judicial interno.

Así por ejemplo, hay cierta flexibilidad en los plazos establecidos, los cuales no se imponen con rigurosa exactitud, el criterio de razonabilidad atenúa el rigor; en la objeción o tacha de testigos y peritos los márgenes de apreciación son menos restrictivos y formalistas; en las audiencias se reciben -dentro de los testimonios- las declaraciones de los familiares más inmediatos de las víctimas (padres, hermanos) e incluso de la víctima sobreviviente. La Corte se reserva la valoración de tales dictámenes, testimonios y declaraciones recibidas.

Asimismo, la Corte tiene amplia potestad, en cualquier estado de la causa, para procurar de oficio la prueba que considere útil, para solicitar cualquier información o dictamen; para pedir la cooperación de los Estados en las notificaciones o citaciones de personas que están en su jurisdicción; para comisionar que se reciban, en el país donde se encuentran, las declaraciones de aquellos testigos que no pudieron acudir a la Corte por estar detenidos o por algún impedimento especial.

23 Art. 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

24 Art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptado en enero de 2009.

25 Cuyo Reglamento fue aprobado por el Consejo Permanente de la OEA en noviembre de 2011, documento OEA/CP/RES. 963.

26 Art. 25 del Estatuto de la Corte. Corresponde al Reglamento fijar las normas de procedimiento.

En todas estas diligencias y actuaciones, la Corte cuida del equilibrio procesal de las partes, que ninguna quede en indefensión, que tengan iguales oportunidades de ser escuchadas y de presentar sus alegatos y pruebas, siempre que éstas -las pruebas- hayan sido debidamente señaladas en la demanda y en su contestación, o también en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación, salvo que hubiere ocurrido situaciones de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes.

En la tramitación de una causa ante la Corte se combina el trámite escrito con el oral. Para la presentación de escritos (inclusive la demanda y su contestación, las excepciones preliminares y su contestación), el Reglamento de la Corte establece que pueden presentarse por los medios electrónicos modernos -vía facsimilar, télex-, además de los usados tradicionalmente, en este caso deben enviarse los documentos auténticos en el plazo de quince días²⁷.

El procedimiento oral está dado por las audiencias públicas, en que participan las partes y que constituyen una importante actividad procesal para formar la convicción de los jueces. En la mayoría de casos, dentro de la complejidad que éstos encierran, las audiencias abren el camino a una resolución acorde con la protección de los derechos humanos. Corresponde al presidente de la Corte fijar, dentro de una causa, las audiencias que fueren necesarias, y luego dirigir los debates y las intervenciones. De cada audiencia se levanta un acta²⁸.

Excepciones preliminares. Cuando éstas se presentan -como el no agotamiento de los recursos internos- la Corte analiza dichas excepciones y puede acogerlas o rechazarlas; también podría, si fuera del caso, unir al fondo del caso la excepción. Generalmente, para que las partes puedan precisar sus alegatos y presentar pruebas la Corte convoca a una audiencia pública.

Medidas provisionales. Una facultad que tiene la Corte es la de dictar medidas provisionales o cautelares en casos de extrema gravedad y urgencia, con el propósito de evitar daños irreparables a las personas. Estas medidas pueden ser dictadas -de oficio o a instancia de parte- en las causas que se hallan en trámite en la Corte e incluso en aquellos asuntos que no están sometidos a su conocimiento, es decir que se encuentran en la Comisión Interamericana, en cuyo caso será la Comisión quien solicite la adopción de dichas medidas urgentes²⁹.

Los Estados, a quienes se solicite tomar medidas provisionales, tienen el deber de presentar informes periódicos a la Corte sobre las medidas adoptadas y la situación de las personas protegidas. Estos informes reciben las observaciones de la Comisión Interamericana que es un auxiliar indispensable para establecer la realidad de los hechos.

Reparaciones e indemnizaciones. La Convención establece que la Corte debe disponer, si decide que hubo violación de derechos, "que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad, pero si esto no fuera posible -como sucede en la mayoría de casos- la Corte dispondrá que el Estado responsable de la violación proceda a reparar las consecuencias e indemnizar a la parte lesionada"³⁰.

7.- Las sentencias y su cumplimiento

Las sentencias que dicta la Corte son definitivas e inapelables, sólo cabe solicitar -por cualquiera de las partes- la interpretación si hubiera "desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo", siempre que dicha solicitud se la haga dentro de los noventa días a partir de su notificación³¹.

Por disposición de la Convención las sentencias, además de ser notificadas a las partes, deben ser transmitidas a todos los Estados miembros de la Convención³².

27 Art. 26 del Reglamento.

28 Art. 39 a 42 del Reglamento.

29 Art. 63.2 de la Convención y Art. 25 del Reglamento.

30 Art. 63.1 de la Convención y Art. 56.1 del Reglamento.

31 Art. 67 de la Convención y Art. 58 del Reglamento.

32 Art. 69 de la Convención.



Es preciso señalar que los Estados partes den cumplimiento a las sentencias. Al respecto el artículo 68.1 de la Convención señala de modo expreso el compromiso que adoptan los Estados de "cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Además, recuérdese que el Estado libre y conscientemente declaró reconocer la competencia de la Corte, en consecuencia tiene que honrar esa manifestación de su voluntad soberana.

Para el caso de incumplimiento de una sentencia, la Convención dispone que en el informe de labores que la Corte debe presentar anualmente a la Asamblea General de la OEA señale "de manera especial y con las recomendaciones pertinentes los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos"³³.

No es desdeñable la citada norma convencional, pues, en los tiempos actuales, la presión moral de la comunidad internacional juega un papel importante, tanto como la presión social interna, especialmente cuando se trata de causas nobles que involucran al ser humano.

B.- Función consultiva de la Corte

Tan importante como la competencia contenciosa es la consultiva. A los órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Internacional de La Haya y la Corte Europea de Derechos Humanos, se les ha dotado de función consultiva para que puedan pronunciarse sobre determinadas cuestiones; similar competencia se le ha dado a la Corte Interamericana.

Sin embargo, existe una gran diferencia. Mientras a la Corte Internacional y a la Corte Europea se les ha restringido el objeto de la consulta y ésta sólo puede ser solicitada por determinados órganos (la Asamblea General de Naciones Unidas para la primera y el Consejo de Ministros para la Corte Europea), en el caso de la Corte Interamericana la Convención ha establecido con amplitud el ejercicio de la función consultiva.

Pueden solicitar una opinión consultiva no solamente los Estados partes de la Convención, sino todos los Estados miembros de la OEA y también determinados órganos como la Comisión Interamericana.

La consulta tiene como objeto la interpretación de las normas de la Convención Americana -sin limitación alguna- "o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". Además, a solicitud de un Estado la Corte puede dictaminar sobre la compatibilidad de las leyes internas de dicho Estado y los instrumentos internacionales antes mencionados³⁴.

Como se observa, el objeto de una consulta es amplio y a través de ella la Corte, al interpretar científica y doctrinariamente la normativa de los derechos humanos, ha ido fijando criterios válidos de orientación jurisprudencial, los cuales deben ser seguidos aunque no tengan el carácter de vinculantes. Este último aspecto es de suma importancia para la eficacia del sistema, pues, como ha dicho la Corte, una opinión consultiva tiene efectos jurídicos innegables aunque carezca de obligatoriedad.

La Corte no podría dar su dictamen cuando la consulta verse sobre un caso contencioso encubierto. La solicitud de opinión consultiva, además de formular con precisión las preguntas específicas, debe indicar las disposiciones cuya interpretación se pide y las consideraciones que originan la consulta.

El procedimiento, tanto escrito como oral, tiene similitud con el contencioso, en cuanto es aplicable. Es claro que en la función consultiva no existen "partes" ni litigio a resolver, como sucede en la función contenciosa. La Corte ha señalado que el ejercicio de la función consultiva es de carácter multilateral -y no litigioso-, por ello se notifica a todos los Estados miembros de la OEA para que, si lo desean, presenten sus observaciones y participen en la audiencias públicas.

Concordante con lo anterior, vale destacar la amplia difusión que se da a una solicitud de opinión consultiva: el secretario de la Corte transmite copia a todos los Estados miembros de la OEA y a su Secretario General, a la Comisión y, en su caso, a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera la consulta³⁵.

Al momento actual, la Corte ha dictado veinte opiniones consultivas, y cinco se encuentran en trámite³⁶.

33 Art. 65 de la Convención.

34 Art. 64 de la Convención, párrafos 1 y 2.

35 Las Opiniones Consultivas están reguladas en el Título III del Reglamento, Art. 59 a 64.

36 Información disponible en la página web de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/medidas-provisionales>.

En resumen....

Mariana Blengio Valdés*

Naturaleza jurídica

La Corte "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH". Así lo define su Estatuto en el artículo 1. El órgano jurisdiccional ejerce sus facultades en carácter autónomo, independiente y no subordinado. Sin perjuicio de que funcione dentro del Sistema de Protección de los Derechos Humanos de la organización americana.

Composición

La Corte IDH está integrada por 7 jueces que deben ser nacionales de los Estados miembros de la OEA aunque no sean partes de la Convención Americana (artículo 52.1). Son elegidos por la Asamblea General de la OEA en una votación en la cual solo participan los Estados partes en la Convención (artículo 53.1). La elección deberá ser "secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados Partes en la Convención". La lista de candidatos que se elegirán será propuesta por los mismos Estados. Estos podrán proponer hasta 3 candidatos, nacionales de los Estados que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la OEA. (artículo 53). No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad

Locus standi

La principal reforma adoptada en los últimos años radica en la posibilidad para los representantes de las víctimas o de sus familiares de participar directamente en todas las etapas del proceso iniciado ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 25 del Reglamento prevé la participación autónoma de las víctimas en todas las etapas del proceso ante el Tribunal: "Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso"

En este contexto, el Reglamento sobre Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas determina el momento en que las presuntas víctimas pueden interponer la solicitud para acogerse a dicho fondo y el procedimiento a observar para su asignación³⁷.

El artículo 2 de este Reglamento señala que la presunta víctima que desee acogerse al Fondo de Asistencia deberá hacerlo saber a la Corte en su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. Deberá asimismo mediante declaración jurada demostrar que carece de recursos económicos suficientes para solventar los costos del litigio ante la Corte e indicar con precisión que aspectos de su defensa en el proceso requieren el uso de recursos del Fondo.

Funciones

En su carácter de órgano jurisdiccional posee dos funciones: una de carácter jurisdiccional y otra consultiva tal cual lo consagra la Sección 2 de la Convención Americana.

Función jurisdiccional

En el ejercicio de su función jurisdiccional la Corte dicta sentencias que son definitivas e inapelables tal cual lo establece el artículo 67 de la CADH. Las partes podrán solicitar aclaraciones sobre el sentido o alcance del fallo una vez dictado. Para ello tendrán un plazo de 90 días desde que se tome la decisión por parte del órgano.

Pueden introducir casos ante la Corte los Estados y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El individuo no está legitimado a hacerlo. Sin perjuicio de ello como hemos visto se han promovido a través de las modificaciones al Reglamento previsiones que tienen por cometido agilizar y fortalecer la participación activa de las víctimas en el proceso que se lleve adelante en el seno del órgano internacional.

Serán los Estados quienes podrán ser demandados, siempre y cuando hayan reconocido la competencia del órgano. Téngase presente que no todos los Estados miembros de la OEA han aprobado la CADH. Entre ellos Estados Unidos y Canadá. Por tanto para éstos Estados que no han ratificado la CADH, la Corte IDH no tendrá competencia. Tampoco será competente para aquellos Estados que, aún ratificando la CADH, no hayan reconocido expresamente la competencia del órgano jurisdiccional. En estos dos casos las denuncias serán tramitadas ante la CIDH y no podrán someterse a consideración de la Corte.

En relación al trámite de los casos, la Corte analizará la aplicación y el respeto debido a la Convención Americana. Para ello deberá además de analizar los argumentos de las partes diligenciar la prueba correspondiente. Una vez culminado el análisis y diligenciada la prueba documental, testimonial o pericial la Corte emitirá una sentencia o fallo. Si la Corte concluye que hubo violación, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y si fuera procedente ordenará la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de justa indemnización a la parte lesionada (artículo 63.1).

En cuanto a las medidas provisionales, la Corte IDH podrá adoptarlas en casos de "extrema gravedad o urgencia que se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas" según establece el artículo 63.2 de la Convención. El Reglamento de la Corte IDH refiere a las medidas provisionales en el artículo 27. Las mismas pueden ser tomadas en cualquier estado del procedimiento. Así también en caso de que se trate de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte IDH podrá actuar a solicitud de la CIDH.

En los casos contenciosos que se encuentren en conocimiento de la Corte IDH las víctimas, presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales las que deberán tener relación con el objeto del caso, tal cual lo establece el Reglamento en el artículo 27 inciso 3.

Función consultiva

En relación a la función consultiva, el artículo 64 establece que los estados miembros de la OEA y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la organización, podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención. Esto implica que países que no son parte de la Convención Americana puedan consultar el órgano.

La competencia consultiva es amplia en relación a otros tribunales internacionales. Ello se constata en tanto que todos los estados miembros de la OEA pueden consultarla aún no siendo partes de la Convención como se ha visto. Así también en el objeto de la consulta. La misma puede recaer sobre la propia Convención Americana y/u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los estados americanos, tal cual hemos visto anteriormente.

El efecto de las opiniones consultivas no es obligatorio como el de las sentencias de la Corte IDH que deben ser cumplidas por parte de los Estados. Se entiende sin embargo que las consultas coadyuvan al cumplimiento de las obligaciones internacionales permitiendo que los Estados tengan estos insumos como válidos para aplicar los tratados internacionales³⁸.

* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Coordinadora de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos de la Udelar.

37 Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/CORTEASITENCIALEGAL.pdf> Fecha de consulta: 10.11.2012

38 Pueden consultarse las opiniones consultivas emitidas en: <http://www.corteidh.or.cr/opinion.es.cfm> Fecha de consulta: 11.10.2012.



LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS RELACIONADA A LA TEMÁTICA INDÍGENA

1. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO

Leonardo Alvarado*

La jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) está conformada principalmente por los informes de admisibilidad y fondo publicados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Como órganos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por los Estados parte de la Organización de los Estados Americanos (OEA), la CIDH y Corte IDH interpretan los principios y doctrinas de derecho internacional derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)¹ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)². Estos instrumentos internacionales constituyen la base que utilizan los órganos del SIDH para evaluar las peticiones presentadas por víctimas de violaciones de derechos humanos en el continente americano incluyendo personas, comunidades y organizaciones pertenecientes a pueblos indígenas.

Durante la última década, el SIDH ha emitido dictámenes sobre importantes asuntos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas incluyendo los derechos colectivos sobre sus tierras y recursos naturales, el derecho a la consulta previa, el acceso a la justicia, la participación política y el derecho a la vida. Las resoluciones de estos órganos han contribuido a mejorar el entendimiento sobre el contenido y alcance de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Adicionalmente, el sistema ha ordenado reparaciones que toman en cuenta las características específicas de los pueblos indígenas.

* Profesor Adjunto Asistente de Derechos Humanos de la Universidad de Arizona.

1 Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica" (Adoptado el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978). La Convención Americana es un tratado internacional ratificado por todos los países latinoamericanos. La Convención dispone la aceptación por los Estados signatarios de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre denuncias en contra de los estados de la Convención. La mayoría de los países latinoamericanos ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana.

2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948). Este instrumento no tiene carácter de tratado, no obstante la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA, ver Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrs. 35-45. Esto significa que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene la competencia de evaluar presuntas violaciones de esta Declaración por parte de los Estados que no hayan ratificado la Convención Americana o que no hayan aceptado la competencia de la Corte Interamericana.

Como parte del análisis de las peticiones presentadas por pueblos indígenas, la CIDH y la Corte IDH han interpretado la Declaración Americana y la Convención Americana tomando en cuenta la evolución que se ha dado a nivel internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas, lo cual ha permitido incluir derechos contenidos en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. La jurisprudencia del sistema interamericano complementa y refuerza los principios contenidos en dichos instrumentos internacionales sobre pueblos indígenas, lo cual ofrece una herramienta adicional para la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas, especialmente cuando no sea posible defender efectivamente sus derechos a nivel interno.



1.1. Los derechos colectivos de propiedad de los pueblos indígenas

La jurisprudencia del SIDH ha hecho un importante avance en el campo del derecho internacional al reconocer el carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas en el marco de la Convención y Declaración Americana, lo cual contrasta con el análisis tradicional, centrado en los derechos individuales de las personas. Este tipo de reconocimiento colectivo es esencial para comprender el contexto particular de casos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, como por ejemplo el derecho a la propiedad referido en el artículo 21 de la Convención Americana. Tal fue el caso en la sentencia de la Corte Interamericana en *Comunidad Mayagna (Sumo) vs. Nicaragua*, en donde el Estado nicaragüense fue demandado por haber otorgado una concesión maderera dentro del territorio ancestral de la comunidad de Awas Tingni, concesión efectuada sin su previo consentimiento y sin haber resuelto sus anteriores demandas relativas a la demarcación y titulación de sus tierras. Al no contar con un reconocimiento legal, las tierras habitadas por dicha comunidad fueron consideradas como tierras estatales por el gobierno nicaragüense.

En el caso *Awás Tingni vs. Nicaragua*, la Corte IDH estableció que el derecho a la propiedad incluye la protección de “los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”, reconociendo de tal manera que “entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”³. Otro importante desarrollo de la Corte consistió en constatar que el derecho a la propiedad debe tener en cuenta la especial relación entre los pueblos indígenas y su territorio. En ese sentido, la decisión dispone: “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 generaciones futuras”⁴.

Además del reconocimiento del carácter colectivo del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, esta sentencia también estableció que el derecho de propiedad existe independientemente de lo que dispone

3 Cte. IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párrs. 148, 149.

4 Ibid, párr. 149.

la legislación de un Estado en cuanto a dicha existencia o en cuanto al contenido de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales. La Corte Interamericana en su sentencia declara que la posesión de la tierra por parte de los pueblos indígenas bajo su costumbre o “derecho consuetudinario... 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”⁵.

El contenido de este derecho también fue interpretado por la Comisión Interamericana en su informe de fondo en el caso de las *Comunidades Indígenas Mayas de Belice*, el cual trataba sobre hechos similares a *Awás Tingni*, con la salvedad de aludir al otorgamiento por parte de Belice de concesiones madereras y petroleras en tierras reivindicadas por varias comunidades mayas, y consideradas como tierras estatales por el gobierno. En este caso, la CIDH señaló que “los derechos de propiedad protegidos por el sistema [interamericano] no se limitan a aquellos intereses de propiedad que ya están reconocidos por los Estados o que están definidos por la legislación interna, sino mas bien... tiene[n] un significado autónomo en el derecho internacional de derechos humanos... y que derivan y se fundan en la costumbre y la tradición indígenas”⁶.

En el caso de *Mary y Carrie Dann contra los Estados Unidos*, dos mujeres pertenecientes al pueblo Shoshone occidental sufrieron la incautación de su ganado por agentes estatales y el otorgamiento de concesiones mineras dentro de lo que consideraban ser sus tierras ancestrales. El Estado consideraba haber apropiado dichas tierras en el pasado mediante procedimientos legales. En el examen de los hechos se constató que hubo escasa participación por parte de miembros de dicho pueblo indígena. En el marco de su interpretación de las obligaciones de Estados Unidos bajo la Declaración Americana, la CIDH identificó lo que consideraba ser “principios jurídicos internacionales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas”, los cuales incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas, y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo, cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente⁷.

Los principios delineados por la CIDH derivaron de su interpretación de los derechos contenidos en otros instrumentos y principios internacionales, y por lo tanto, pueden ser considerados como parte del derecho internacional consuetudinario.

La Corte Interamericana, por su parte, ha continuado desarrollando conceptos adicionales sobre el deber de los Estados de proteger los derechos de propiedad de los pueblos indígenas, principalmente en sus sentencias en los casos de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay* y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Estos dos casos versan sobre hechos similares en donde comunidades indígenas pertenecientes al pueblo Enxet-Lengua habían sido despojadas de sus tierras ancestrales desde el siglo XIX, cuando estas fueron vendidas y traspasadas a propietarios privados. Durante muchos años, los miembros de estas comunidades vivían como peones en haciendas dentro de sus tierras ancestrales hasta que, cuando decidieron salir de las estancias, solicitaron al gobierno paraguayo que les reconocieran sus derechos ancestrales. Los miembros de estas comunidades habían vivido en condiciones deplorables de vivienda y salud mientras esperaban que el

5 Ibid, párr. 151.

6 CIDH, Informe de fondo No. 40/04, Caso 12.053. Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 117.

7 CIDH, Informe de fondo No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), Informe Anual de CIDH, párr. 130.

gobierno resolviera sus demandas por su propiedad colectiva ancestral. En ambos casos, el Estado alegó que no era posible restituir las tierras reivindicadas por los indígenas porque éstas estaban en posesión de terceros privados, que no estaban dispuestos a vender tales tierras al Estado.

La Corte Interamericana falló en ambos casos que los pueblos indígenas tienen el derecho a recuperar sus tierras ancestrales. En su sentencia del caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Corte precisó que:

- 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado;
- 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro;
- 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y
- 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.⁸

Como puede observarse de lo anterior, el Estado debe facilitar la restitución de tierras ancestrales en los casos en que éstas no estén bajo la posesión de los pueblos indígenas. Tal derecho de restitución podría implicar en algunos casos la afectación de derechos privados que actualmente se encuentran en los territorios reivindicados por dichos pueblos.

La Corte IDH explicó que las restricciones al goce y ejercicio del derecho a la propiedad de propietarios privados pueden efectuarse si éstas a) están establecidas por ley; b) son necesarias; c) son proporcionales, y d) se hacen con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁹. La Convención Americana, en su artículo 21, dispone que una ley del Estado puede “subordinar el uso y goce de [la propiedad] al interés social”. La necesidad de tales restricciones depende del interés público imperativo que se pretende satisfacer; y la proporcionalidad de esa restricción “debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido”¹⁰. De igual manera, la Corte ha establecido que las restricciones al derecho de la propiedad “deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”¹¹.

Por tanto, en su análisis de las contradicciones que pueden presentarse entre los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y los derechos de propiedad privada dentro del área reivindicada, la Corte IDH ha establecido que:

... los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.

8 Cte. IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 128.

9 Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 144.

10 *Ibid.*, párr. 145.

11 *Ibid.*, párr. 145.

[...] Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros.

[...] Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados...¹²

Con respecto a la temporalidad de los derechos que mantienen los pueblos indígenas sobre tierras tradicionales que no estén en su plena posesión, la jurisprudencia del SIDH establece que el derecho de restitución permanece indefinidamente en el tiempo en la medida que continúe existiendo la relación cultural, espiritual, ceremonial o material del pueblo indígena en cuestión con su territorio¹³. No obstante, “si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”¹⁴.

No obstante lo anterior, la Corte declaró que no “siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares o estatales y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalezcan los últimos por sobre los primeros”¹⁵. Al respecto, explica que si “los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas”¹⁶. La Corte citó el artículo 16.4 del Convenio No. 169 el cual versa sobre el retorno de pueblos indígenas a los territorios que fueron desplazados, y que establece que si tal retorno no es posible, los pueblos indígenas deben recibir “tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

Es importante notar, como explica la Corte, que “La elección y entrega de tierras alternativas, el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio No. 169 de la OIT y de la Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”¹⁷.

12 *Ibid.*, párr. 146-148.

13 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 131.

14 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 132.

15 Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay, párr. 149.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, párr. 151.



1.2. El derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado bajo la jurisprudencia del SIDH

La jurisprudencia del sistema interamericano ha identificado como un importante principio en la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas, el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones que afecten sus derechos lo que incluye el respeto a las formas propias de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, sus instituciones representativas y sus valores, usos y costumbres. Dentro del derecho internacional de derechos humanos, este principio conlleva el deber de los Estados de realizar consultas con los pueblos indígenas por ejemplo en los casos de la adopción de medidas legislativas o administrativas por parte de los Estados o en casos de proyectos de desarrollo económico por realizarse en territorios indígenas. Este deber implica que, en principio, dichas actividades no se realicen sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas¹⁸.

El principio a favor del derecho de participación de los pueblos indígenas y el respeto a sus propias instituciones representativas se puede observar en los fallos de la Corte IDH con respecto a la formulación y ejecución de las reparaciones específicas por violaciones de derechos humanos que deben hacer los Estados, tomando en cuenta las estructuras social, política y cultural de tales pueblos. A manera de ejemplo, las reparaciones que ha ordenado la Corte han incluido la delimitación, demarcación y titulación de un territorio indígena "con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres" de una comunidad indígena¹⁹; o la adopción dentro de la legislación interna del Estado "y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas" con el pueblo indígena en cuestión, de medidas legislativas o de otra índole necesarias para "reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de [los pueblos indígenas] a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal..."²⁰.

Dentro de sus resoluciones de fondo, la Comisión Interamericana ha identificado como un importante elemento en la protección de la propiedad indígena, la realización de "consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios ancestrales"²¹. Según la CIDH, los Estados deben garantizar un proceso de "total información y mutua consentimiento" de parte de los pueblos indígenas en la determinación de cualquier medida que afecte los intereses que mantienen dichos pueblos en las tierras que han poseído tradicionalmente y que han ocupado y usado²². Dicho proceso debe exigir, "como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente", y tales requisitos deben aplicarse ya sea en "las decisiones de los Estados que incidirán en las tierras indígenas y en sus comunidades, como el otorgamiento de concesiones para explotar recursos naturales de los territorios indígenas"²³.

18 Ver por ejemplo, La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, en su artículo 19 establece que: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Igualmente el artículo 32 de la Declaración dispone: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

19 Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, párr. 164.

20 Cte. 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. 214.7.

21 Caso Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo, párr. 142.

22 Caso Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), párr. 140; Caso Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice), párr. 142.

23 Caso Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo, párr. 142.



José Álvarez Cortés

La Corte Interamericana desarrolló su jurisprudencia respecto al derecho a la consulta previa en su sentencia del caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Este caso trataba de un pueblo tribal "maroon" cuya relación con la tierra, forma de organización social y forma colectiva de uso y posesión de la tierra, ameritaba la aplicación en su caso de los conceptos del derecho internacional de derechos humanos de los pueblos indígenas. El pueblo Saramaka demandó a Surinam por la falta de reconocimiento legal de su propiedad colectiva (amenazada por concesiones madereras y mineras otorgadas por el Estado). En este caso, el sistema legal de Surinam no contaba con algún procedimiento que ayudara al pueblo Saramaka obtener un título colectivo

de propiedad ni proteger sus tierras frente las acciones del Estado, particularmente la extracción de recursos naturales encontrados "sobre y debajo" del subsuelo.

En el caso Saramaka, la Corte observó que "los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo"²⁴. En este sentido, la Corte reconoció la necesidad de proteger las tierras y recursos tradicionalmente usados por dichos pueblos con el fin de prevenir su extinción como pueblo y también reconoció que "la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas"²⁵.

La Corte IDH observó que el derecho de propiedad bajo la Convención Americana no es un derecho absoluto, sin embargo, un Estado debe cumplir con tres garantías especiales antes de restringir este derecho como consecuencia de una concesión para la explotación de recursos naturales que impacten tierras indígenas o tribales, aún en los casos de que se trate de la explotación de recursos del subsuelo que formalmente sean propiedad del Estado. Según la Corte, un Estado debe garantizar:

- 1) la participación efectiva de los pueblos indígenas, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio;
- 2) que los miembros de los pueblos indígenas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio;
- 3) que no se emitirá ninguna concesión dentro de un territorio indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de pueblos indígenas tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo indígena²⁶.

Según la Corte IDH, la garantía a la participación efectiva comprende la obligación de un Estado a consultar activamente con una comunidad indígena según sus costumbres y tradiciones, por tanto esto requiere que el Estado acepte y brinde información y también asegure que haya una comunicación constante entre las partes. Las consultas por parte del Estado deben realizarse de buena fe, respetando los métodos tradicionales

24 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 121, citando Caso de la Comunidad Indígena Yatke Axa, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, párr. 118.

25 Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrs. 118, 126.

26 Ver. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párrs. 127, 128.

de toma de decisiones del pueblo indígena en cuestión, y con el fin de llegar a un acuerdo. La Corte IDH explica que estas consultas deben realizarse durante "las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión" puesto que "el aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado". La Corte añadió que el Estado debe asegurar que los miembros del pueblo indígena "tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria". Como establece la jurisprudencia del SIDH con respecto a planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto sobre un territorio indígena, un Estado debe no solo consultar a los indígenas, "sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones"²⁷.

En la sentencia del caso Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador²⁸, la Corte refuerza su jurisprudencia anterior en relación con el derecho a la consulta. El caso trataba de una concesión petrolera otorgada por el Estado ecuatoriano dentro del territorio del pueblo de Sarayaku, el cual contaba con reconocimiento legal. La falta de una adecuada consulta de manera previa al otorgamiento de la concesión ocasionó una situación de alta conflictividad en Sarayaku entre empleados de la empresa petrolera, comunidades indígenas vecinas, así como con miembros de las fuerzas armadas presentes en el territorio para brindar protección a la empresa. Asimismo, las actividades relacionadas con la prospección sísmica dentro del territorio de Sarayaku generaron daños al ambiente y a sitios de alto significado cultural, y también ocasionaron una situación de grave riesgo, cuando la empresa enterró material explosivo en el territorio de Sarayaku.

En su sentencia, la Corte estableció que la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas constituye no solo una norma convencional, sino también un principio general de derecho internacional, debido a su incorporación dentro de la legislación y jurisprudencia de una gran mayoría de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos²⁹. La garantía del libre y pleno ejercicio de este derecho, según la Corte, "implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público... [y] estructurar sus normas e instituciones de tal forma que la consulta a comunidades indígenas, autóctonas, nativas o tribales pueda llevarse a cabo efectivamente, de conformidad con los estándares internacionales en la materia. De este modo, los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas"³⁰. Asimismo, "corresponde al Estado llevar a cabo tareas de fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva de ese derecho por medio de los órganos judiciales correspondientes"³¹.

La Corte enfatizó que la planificación y realización de los procesos de consulta representa una obligación de los Estados que no puede "eludirse delegándolo en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta"³². Asimismo, agregó que los procesos de consulta deben constituir diálogos basados en principios de confianza, buena fe y respeto mutuos con miras a lograr un consenso entre las partes. Tales principios exigen "la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros, que actúan con su autorización o aquiescencia [lo que incluye también] prácticas, tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales"³³.

Además de dictaminar que la falta de consulta constituía una violación al derecho de propiedad comunal del pueblo Sarayaku, la Corte también consideró que fue afectado su derecho a la identidad cultural debido a que las actividades de prospección sísmica en este caso ocasionaron la destrucción de sitios de alta significancia cultural y espiritual. Por tanto, ello representó 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"³⁴.

1.3. El acceso a la justicia para los pueblos indígenas

La jurisprudencia del SIDH ha tratado sobre el tema del derecho de los pueblos indígenas al acceso a la justicia, el cual es amparado bajo el artículo 8 (sobre garantías judiciales) y 25 (sobre protección judicial) de la Convención Americana. Este tema es importante porque para muchos pueblos indígenas en el continente americano, es muy difícil acceder al sistema de justicia de sus respectivos países ya sea porque los tribunales o sedes de agencias administrativas están ubicados lejos de las comunidades indígenas o porque éstas instituciones no toman en cuenta las diferencias sociales, culturales y lingüísticas de los pueblos indígenas. Un problema común, por ejemplo, es la falta de intérpretes en idiomas indígenas dentro de los tribunales u otras instituciones estatales, aun en áreas con población predominantemente indígena. Este tipo de dificultades también resulta en la dificultad de reivindicar los derechos colectivos de propiedad de los pueblos indígenas u otros tipos de derechos que se basan en su distintiva organización cultural, social, política y económica. Estos factores inciden no solo en la posibilidad de que las demandas de los pueblos indígenas sean desestimadas, sino que también existan graves retrasos en su resolución por parte del aparato legal del Estado.

El acceso a la justicia es una problemática abordada en instrumentos internacionales tales como el Convenio No. 169 de la OIT, el cual establece que los pueblos indígenas "deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos para asegurar el respeto efectivo de tales derechos"³⁵. En relación a la defensa de los derechos de propiedad, dicho Convenio establece el deber de los Estados de instituir "procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos [indígenas]"³⁶. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su artículo 40 dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho a procedimientos "equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados y otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos". El citado artículo añade que "En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos".

Bajo el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos contenidos en la Convención, lo que según la Corte incluye "la obligación de instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de [la Convención] impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos"³⁷.

27 Ver, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, párr. 134.

28 Cte. IDH, Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

29 Ibid, párr. 164.

30 Ibid, párr. 166.

31 Ibid, párr. 167.

32 Ibid, párr. 167.

33 Ibid, párr. 166.

34 Ibid, párr. 220.

35 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (OIT No. 169). Entrado en vigor en 1990, art. 12.

36 Ibid, art. 14.

37 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 109.

En su sentencia del caso *Awas Tingni*, la Corte IDH dictaminó que Nicaragua había violado el artículo 25 porque los pueblos indígenas de ese país no contaban con un mecanismo específico que facilitara solicitar y obtener el reconocimiento legal de su propiedad colectiva a pesar de que la legislación nacional reconocía los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Al respecto la Corte IDH resaltó que “no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad”³⁸. Es por ello que la Corte ordenó a Nicaragua no solo demarcar y titular las tierras de Awas Tingni, sino también promulgar una ley que facilitara la demarcación y titulación de tierras indígenas.

La jurisprudencia del sistema interamericano establece que “la legislación por sí sola no es suficiente para garantizar la plena efectividad de los derechos protegidos por la Convención Americana, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. Por tanto, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de los pueblos indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”³⁹.

En su sentencia del caso *Tiu Tojin vs. Guatemala*, la Corte IDH trató sobre la falta de acceso a la justicia por los familiares de una mujer indígena maya y su hija que habían sido víctimas de desaparición forzada a manos del ejército guatemalteco y fuerzas paramilitares, y en donde el Estado no había realizado una investigación diligente, quedando tal delito en la impunidad. La problemática que enfrentaban los familiares de las víctimas en este caso es común, tal como indicó la CIDH en su demanda presentada a la Corte:

... “es muy importante que la Corte examine el impacto diferenciado de los procesos de impunidad sobre los pueblos indígenas de Guatemala y, al mismo tiempo, los obstáculos sociales y culturales diferenciados que enfrentan para acceder a instancias de justicia penal que investigue esos crímenes... la impunidad por graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno en contra del pueblo Maya y sus miembros alcanza niveles de tal magnitud que obligan a concluir que los rezagos de una cultura racista y discriminatoria continúan permeando amplios sectores y ámbitos de la sociedad guatemalteca, reflejándose en forma especial en el sistema de administración de justicia”. La Comisión indicó que esto se debe, principalmente, a cinco factores: a) falta de capacitación intercultural de los operadores de justicia; b) limitantes para el acceso físico a las instituciones judiciales; c) altos costos para la tramitación de los procesos judiciales y para la contratación de abogados; d) monolingüismo en el desarrollo de los procesos judiciales; y e) comportamientos y prácticas de tipo discriminatorio por parte de los operadores de justicia⁴⁰.

La Corte IDH determinó en este caso que “para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas – en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación del presente caso”⁴¹.

Como puede observarse de lo anterior, la CIDH y la Corte IDH promueven el principio que prohíbe la discriminación en contra de los pueblos indígenas, lo que amerita medidas especiales para revertir la desigualdad que enfrentan los pueblos indígenas para acceder al sistema de justicia nacional. Es de igual importancia también que los recursos legales sean eficaces y resueltos de manera pronta. Como se evidenció en casos como *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, para los pueblos indígenas, la celeridad en los procesos administrativos, judiciales o

38 Ver, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, párr. 114.

39 Ver, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 63; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 83; Caso del Pueblo Saramaka, párr. 178; y Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, Sentencia de 28 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.

40 Ver, Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, párr. 92.

41 Ibid, párr. 100.

de otra índole que afecten sus derechos es de particular importancia puesto que las demoras en la resolución de sus reclamaciones territoriales puede significar que éstas no pueden gozar del derecho a su propiedad lo que implica en muchos casos que éstos permanezcan en un estado de vulnerabilidad económica, alimenticia o de salud lo cual amenaza en forma continua su supervivencia e integridad⁴².

1.4. El derecho a la vida

El derecho a la vida bajo el artículo 4 de la Convención Americana el cual dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida... [y que] Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, ha sido tratado por la Corte IDH en el contexto de los pueblos indígenas en los casos de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaya*. Como parte de la jurisprudencia del SIDH, este derecho fundamental “comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”⁴³. La Corte estableció que un Estado tiene el deber de generar “condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan”⁴⁴. Esto significa la adopción de “medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”⁴⁵.

En el caso de *Yakye Axa*, la Corte estimó que los miembros de dicha comunidad vivieron por más de ocho años en condiciones de miseria extrema en términos de vivienda, salud y subsistencia debido a que vivían en asentamientos precarios al costado de una carretera fuera de las tierras en manos privadas que ellos reivindicaban como ancestrales⁴⁶. Debido a que Paraguay no había garantizado el derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de *Yakye Axa*, la Corte consideró que esto “ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como el uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades... [por tanto] el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de... *Yakye Axa*, durante el periodo que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad...”⁴⁷ Por ello, la Corte determinó que Paraguay violó el derecho a la vida de los miembros de la comunidad.

En su sentencia en el caso de *Sawhoyamaya*, la Corte IDH consideró que un Estado tiene la obligación de prevenir la violación del derecho a la vida, aunque no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo a este derecho. En este contexto, la Corte precisó que “Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo”⁴⁸. En este caso, la Corte determinó que el Estado en ningún momento alegó desconocimiento

42 Ver, CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4 (7 de septiembre de 2007), párr. 111, citando Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 111.

43 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 161, citando Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 156.

44 Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 162.

45 Ibid.

46 Ibid, párr. 164.

47 Ibid, párr. 168.

48 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 155, citando Caso de la Masacre de Pueblo Bello. Sentencia de 31 de enero de 2006.



sobre la situación precaria en que vivían los miembros de esta comunidad mientras esperaban la resolución de sus reivindicaciones territoriales, y por tanto, el Estado no adoptó las medidas necesarias para que los comunitarios no vivieran en condiciones inadecuadas que habían puesto en peligro su derecho a la vida⁴⁹. Asimismo, el Estado de Paraguay fue responsable de no haber adoptado medidas positivas necesarias para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de Sawhoyamaya, lo que incluye responsabilidad por las muertes de miembros comunitarios incluyendo, entre ellos, 18 niños⁵⁰.

1.5. Participación política de los pueblos indígenas

En la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, la Corte IDH trató sobre el tema de los derechos políticos de los pueblos indígenas amparados en el artículo 23 de la Convención Americana el cual dispone el derecho de todos los ciudadanos “de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas...[y] de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. El caso *Yatama* surgió de una demanda hecha por los representantes del partido indígena miskito YATAMA los cuales fueron excluidos de participar en unas elecciones municipales en la Región Autónoma del Atlántico Norte y Atlántico Sur (RAAN y RAAS) en Nicaragua en el año 2000, como consecuencia de una resolución emitida por el Consejo Supremo Electoral de Nicaragua el cual imponía requisitos que restringían su capacidad de participar y ser elegidos en las elecciones municipales⁵¹. Los demandantes alegaron que Nicaragua no previó normas en la ley interna electoral que facilitara la participación de organizaciones indígenas en los procesos electorales en la RAAN y RAAS, conforme a los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas que la habitan⁵². Los representantes de YATAMA interpusieron varios recursos contra dicha resolución lo que resultó en que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua declarara como improcedente el recurso de amparo interpuesto por ellos, dejándolos sin algún otro recurso para proteger sus derechos políticos⁵³.

YATAMA es una organización política indígena la cual fue formada con el objeto de defender los derechos territoriales, de autogobierno, desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas, la cual nombra sus representantes y candidatos mediante su propia forma organizativa tradicional denominada “democracia comunitaria” basada en las asambleas comunitarias indígenas en la RAAN y RAAS⁵⁴. Los candidatos de YATAMA no fueron permitidos a participar en las elecciones municipales porque no pudieron inscribirse en 80% de los municipios en la respectiva circunscripción territorial y en 80% del total de las candidaturas, tal como disponía la Ley Electoral de 2000⁵⁵. La Corte IDH estimó que dicha ley electoral impone una “restricción desproporcionada que limitó indebidamente la participación política de los candidatos propuestos por YATAMA”⁵⁶.

Según la Corte IDH:

La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas... que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado



Marcelo Christensen

no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA⁵⁷.

La Corte explicó que las violaciones a los derechos políticos del partido YATAMA fueron particularmente graves debido a la “estrecha relación entre el derecho a ser elegido y el derecho a votar para elegir representantes” y por tanto la exclusión de YATAMA en las referidas elecciones municipales “significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado, lo cual supone una consecuencia grave para la democracia”⁵⁸.

En su sentencia, la Corte IDH consideró que “es preciso tomar en cuenta que YATAMA contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Su estructura y fines están ligados a los usos, costumbres y formas de organización de dichas comunidades”⁵⁹. La Corte razonó que la exclusión de los candidatos de YATAMA colocó a los miembros de dichas comunidades en una situación de desigualdad debido a que se excluyó de participar “a aquellas personas, que en principio, merecían su confianza por haber sido elegidas de forma directa en asambleas, de acuerdo a los usos y costumbres de dichas comunidades, para representar los intereses de los miembros de éstas”⁶⁰. La Corte explicó que como consecuencia de la exclusión política que sufrió dicho partido político indígena hubo “carencia de representación de las necesidades de los miembros de las referidas comunidades en los órganos regionales encargados de adoptar políticas y programas que podrían influir en su desarrollo”⁶¹.

La sentencia del caso *Yatama*, guarda relación con los principios legales internacionales contenidos en otros instrumentos internacionales, tal como el Convenio No. 169 que dispone en su artículo 6.b el deber de los Estados de “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”. Esto conlleva el respeto a las formas propias de organización y representatividad política de los pueblos indígenas.

57 Ibid, párr. 218.
58 Ibid, párr. 226.
59 Ibid, párr. 227.
60 Ibid.
61 Ibid.

51 Serie C No. 140, párr. 124.

49 Ibid, párr. 166.

50 Ibid, párr. 178.

51 Corte IDH, Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Serie C No. 127, párr. 2.

52 Ibid.

53 Ibid.

54 Ibid, párr. 124.9 – 124.16.

55 Ibid, párrs. 124.24, 221.

56 Ibid, párr. 223.



Joaquín Cordero El Escorpión

Conclusiones

El SIDH ha hecho importantes avances jurisprudenciales en materia de derechos de los pueblos indígenas. La jurisprudencia del sistema interamericano ha tenido una marcada influencia en diversos países del continente americano, incluyendo los tribunales de países como Colombia y Belice que han interpretado las disposiciones de sus respectivas constituciones nacionales con base en los instrumentos internacionales de derechos humanos que vinculan estos países, lo cual ha incluido también la jurisprudencia de la Comisión y la Corte Interamericana⁶². La jurisprudencia del SIDH también ha tenido influencia en el sistema africano de derechos humanos. En 2010, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos emitió su primera resolución sobre un caso indígena, la cual hizo extensa referencia a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶³.

Como se puede desprender de la reseña de la jurisprudencia del SIDH, el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios reviste una gran importancia para el goce y ejercicio de otros derechos humanos fundamentales, y por ello ha sido el principal derecho abordado en la gran mayoría de los casos relacionados con los pueblos indígenas que han sido llevados a los órganos del SIDH. Como ha observado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por los pueblos indígenas “son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual”; y por tanto, el derecho al territorio se “relaciona directamente, incluso como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia”⁶⁴. Por ende, tanto la jurisprudencia como los órganos del SIDH, juegan un papel importante en la promoción del respeto de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y de sus distintivas culturas y sistemas sociales, políticos, económicos y jurídicos.

62 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-769 (2009) y Sentencia T-129 (2011); y Supreme Court of Belize, *Maya Village of Santa Cruz v. Attorney General of Belize, Consolidated Claims Nos. 171 & 172* (2007).

63 Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*, 276 / 2003 (2010).

64 Ver, CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Norma y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 (30 diciembre 2009), párs. 1.2.

2. PUEBLOS INDÍGENAS Y RECURSOS NATURALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Calderón Gamboa*

Afirmando “el derecho de los pueblos indígenas a su espiritualidad, conocimientos, tierras y recursos y a sus prácticas vinculadas a un modo de vida sostenible”
Carta de la Tierra. Principio 12

Los Pueblos Indígenas y Recursos Naturales constituyen más que una relación dialéctica. No se puede concebir la existencia del uno sin el otro. Así, los pueblos Indígenas (pueblos nativos o pueblos tribales⁶⁵) que han sobrevivido a lo largo de los años, frente a la conquista, la occidentalización, la discriminación y devastación de su hábitat, se han regido por tradiciones y costumbres compatibles y en armonía con la naturaleza y en ella, sus recursos naturales. La relación con la tierra (*Pacha Mama, Mucone, Tonanzin, Iwi, Nana Tlalli, Gaia*), así como con los demás elementos (agua, aire y fuego), constituye una relación intrínseca con ellos mismos y no como algo separado (sujeto – objeto). Es apenas recientemente, cuando el Derecho Internacional ha dado pasos en el reconocimiento de esa relación intrínseca y los derechos derivados de ella. En la esfera internacional es con el Convenio 169 de la OIT de 1989 que se da el primer reconocimiento efectivo de sus derechos⁶⁶. La Declaración de Pueblos Indígenas de la ONU⁶⁷, aprobada por la Asamblea General en el 2007 reconoce derechos colectivos, incluyendo sobre el territorio y los recursos naturales. Asimismo, se han presentado avances importantes en otros documentos⁶⁸. En el Sistema Interamericano desde 1997 se ha trabajado en el Proyecto de Declaración Americana

* Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Director del Proyecto Corte Verde. Profesor en Derechos Humanos de la Universidad de Costa Rica; Lic. Universidad Iberoamericana, México DF; Maestría (LL.M.) en *International Legal Studies*, American University, Washington College of Law; Ex funcionario de la CDHDF. Las opiniones aquí expresadas son exclusividad del autor y no representan la opinión de la Corte IDH. También publicado como *Pueblos Indígenas y Medio Ambiente: Un Desafío Verde*. González Placencia y otros (Coords.) *Derechos Humanos: Actualidad y Desafíos*, T. III, México, 2012 (En Prensa).

65 La jurisprudencia de la Corte en materia de pueblos indígenas es aplicable también a pueblos tribales. Cfr. 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. 86.

66 *Convención concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO No. 109)*, 72 ILO Official Bull. 50, entered into force Sept. 5, 1991. El Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales fue el primer convenio internacional que trató a las necesidades específicas de derechos humanos de los pueblos indígenas. El convenio perfila las responsabilidades de los gobiernos en la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/169/lang-es/index.htm>

67 UN-GA. Resolution, A/RES/61/295, (A/61/PV.107, 13 Sept. 2007 GA/10612) *The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Antecedent: Human Rights Council Res. 2006/2. Grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos para la elaboración de un borrador de declaración de acuerdo con el párrafo 5 de la resolución de la Asamblea General número 49/214 de 23 de Diciembre de 1994 (2006). Establece derechos colectivos en mayor grado que cualquier otro documento protector de los derechos humanos a nivel internacional. También protege el derecho de pueblos indígenas de poseer la tierra colectivamente y la protección de sus recursos naturales. Cfr. Artículos 25 a 32.

68 *Convención sobre Diversidad Biológica*, G.A. res. 49/117, 49 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 143, U.N. Doc. A/49/49 (1994), Article 8 j. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y el Agenda 21* (1992) A/CONF.151/26 (Vol. II), Principio 32 y Capítulo 26.4., respectivamente. Report of the Permanent Forum on Indigenous Issues, 3rd Sess., UN Doc. E/2004/43/E/C.19/2004/23 (2004), at. 27. *Declaración y Programa de Acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de Junio de 1993, ONU Doc. A/CONF.157/23 (1993); *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* (1994); *Conferencia Mundial sobre el Racismo/ Naciones Unidas*, guía para los Pueblos Indígenas; *Declaración de Principios de los Bosques*. Cfr. <http://www1.unhcr.org/huridocda/huridoca/studyguides/Sinigenous.html>

de los Pueblos Indígenas⁶⁹ que hasta la fecha no ha sido aprobada por los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA). Por su parte, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión o la CIDH y la Corte IDH, la Corte o el Tribunal) han venido trabajando, principalmente a partir de este milenio, en el análisis de casos contenciosos donde se han sentado importantes estándares en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las Américas⁷⁰. En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte IDH ha impactado de manera sustantiva el desarrollo de estos derechos en la región y a nivel internacional.

El objetivo de este artículo consiste en presentar y sistematizar la jurisprudencia más relevante emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de Pueblos Indígenas y Recursos Naturales –sin desconocer el importante trabajo que han realizado otros organismos regionales e internacionales y los grandes avances en el derecho interno de algunos países–, así como apuntar hacia algunos desafíos que enfrenta el Sistema Interamericano al respecto.

Tabla 1: Casos, medidas y derechos principales relativos a Pueblos Indígenas y Recursos Naturales.

Casos relacionados ante la Corte	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay, Sawhoyamaya vs. Paraguay, Pueblo Saramaka vs. Suriname, Xámok Kasek vs. Paraguay, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.</i> • Algunos otros con temáticas ambientales son <i>Claude Reyes y otros vs. Chile, Kawas Fernández vs. Honduras y Salvador Chiriboga vs. Ecuador.</i>
Medidas provisionales	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Comunidades Mayagna Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua, Comunidades del Jiguamendó y del Curbaradó respecto Colombia, Sarayaku respecto Ecuador, Ngobe respecto Panamá.</i>
Artículos para interpretar y tutelar dichos derechos	<ul style="list-style-type: none"> • Artículo 1.1 (<i>deber de garantía</i>), Artículo 4 (<i>derecho a la vida</i>), 5 (<i>integridad personal</i>), 13 (<i>libertad de pensamiento y expresión</i>), 16 (<i>libertad de asociación</i>), 21 (<i>propiedad comunitaria</i>), 26 (<i>desarrollo progresivo</i>), 29 (<i>normas de interpretación</i>), todos ellos de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH⁷¹); el artículo 11 (<i>medio ambiente sano</i>) del Protocolo de San Salvador⁷². • Asimismo el Tribunal ha recurrido a otros tratados para dar contenido a la interpretación de tales derechos, encuadrando así el <i>corpus juris</i> en la materia⁷³.

A continuación se exponen ocho apartados que describen el desarrollo jurisprudencial en la materia:

a) *propiedad comunitaria*; b) *recursos naturales*; c) *sujetos de derecho*; d) *vida digna*; e) *medidas provisionales*; f) *libertad de asociación, acceso a la información y utilidad pública*; g) *reparación integral*; h) *supervisión de cumplimiento*; i) *desafíos verdes para el SIDH*, y j) *conclusiones*.

69 Propuesta de Declaración Americana sobre Derecho de los Pueblos Indígenas (Aprobada por la CIDH el 26 de febrero de 1997, en su 95 Período Ordinario de Sesiones.), OEA/Ser.LV/II.95 Doc.6 (1997). <http://www.oas.org/OASpages/EVENTS/95th/95th7evr.doc#3>

70 La CIDH ha emitido resoluciones en los siguientes casos, *inter alia*: *Dann Case Vs. USA* (2002); *Comunidad de San Mateo de Huanchor respecto Perú* (2004); *Mercedes Julián Huenteeo Berloza respecto Chile* (2004); *Yanomani respecto Brasil*; *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belize)* (2004); *Comunidad de la Croya respecto Perú* (2007). Ver Informe sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser.LV/II. Doc. 56/09 Ver. <http://cidh.org/countryrep/TierasIndigenas1009/index.htm>

71 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

72 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador" (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General).

73 Cf. Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Otros tratados utilizados (infra).

2.1. Concepto de propiedad colectiva

La interpretación que ha hecho la Corte IDH sobre el concepto de propiedad comunitaria ha permitido, como primer paso, garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio.

En el caso de la *Comunidad Mayagna* relacionado con la falta de demarcación, delimitación y titulación del territorio ancestral de la Comunidad, frente afecciones por concesión de explotación maderera a una empresa privada en su territorio, la Corte por primera ocasión interpretó el artículo 21 de la CADH⁷⁴ sobre propiedad privada desde una visión más amplia. Así, estableció que mediante una "interpretación evolutiva" de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de dicho tratado –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, "el artículo 21 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 est[aba] reconocida en la Constitución Política de Nicaragua"⁷⁵.

Asimismo, la Corte señaló que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural⁷⁶.

En este sentido, los miembros de las comunidades indígenas o tribales que estén en posesión de sus tierras tradicionales tienen el derecho a solicitar al Estado el reconocimiento legal de la propiedad⁷⁷.

Además, la Corte en otros casos sostuvo que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH debe ser entendido de manera amplia, de tal suerte que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas o tribales quedan protegidas por dicha norma⁷⁸.

En cuanto a las restricciones de este derecho, el artículo 21 establece que "la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad". Por ello, la Corte ha sostenido en otras ocasiones que el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: 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 democrática⁷⁹. No obstante que el derecho reconocido en el artículo 21 de la Convención no es absoluto, dichas restricciones sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio de una comunidad exigen que, adicionalmente, se deberá verificar que éstas no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo⁸⁰.

74 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

75 Corte IDH. Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 146.

76 *Ibid.*, párr. 146.

77 *Ibid.*, párr. 151.

78 Cf. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 141.

79 Cf. Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 78, párrs. 144-145 citando (*mutatis mutandi*) Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No., párr. 137; Corte IDH; *Saramaka*, *supra* nota 65, párr. 126 y 129, párr. 127.

80 *Saramaka*, *supra* nota 65, párrs. 126 y 129.



Así, dicha disposición no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales, no obstante le impone garantías en contra de restricciones que denieguen la subsistencia del pueblo (Ver *infra*).

2.2. Recursos Naturales – Pueblos Indígenas

El artículo 21 de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural.

Los casos contra Paraguay (*Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek*⁶¹), se relacionan con los reclamos de reivindicación territorial de comunidades despojadas de su territorio ancestral por la privatización del chaco paraguayo a mediados del siglo XIX y la ocupación de sus tierras para la explotación ganadera, situación que generó en las comunidades condiciones de miseria y supervivencia. A este respecto, la Corte estableció que los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo⁶². En el caso *Xákmok Kásek* inclusive la Corte encontró que la falta de acceso y goce de sus recursos naturales había condenado a las comunidades a condiciones de miseria y marginalización⁶³.

La Corte refirió que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁶⁴.

En el caso de la *Comunidad Saramaka Vs. Suriname*, referente a la concesión a una empresa privada para llevar a cabo trabajos de explotación maderera y minería en el territorio de la Comunidad, la Corte analizó a mayor profundidad lo que se refiere a recursos naturales y señaló que tales recursos son los necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo⁶⁵.

Las afectaciones a los recursos naturales pueden presentarse de manera directa e indirecta. Así lo observó la Corte en el caso *Saramaka* respecto del agua limpia y natural en relación con actividades de subsistencia como la pesca, o los bosques y sus frutos como hogar para distintos animales de caza para su supervivencia⁶⁶. Si bien no se evidenció en el caso una utilización tradicional de este pueblo con el oro, la extracción de este material afectará inevitablemente otros recursos naturales necesarios para su subsistencia⁶⁷.

Asimismo, el Tribunal estableció que el artículo 21 de la CADH no impide al Estado emitir concesiones para la exploración o extracción de recursos naturales, no obstante, para que éstas no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo como tal y a fin de preservar, proteger y garantizar dicha relación especial de los miembros, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias⁶⁸: consulta para obtener consentimiento, compartir beneficios generados a partir de las concesiones emitidas, estudios de impacto ambiental y social, y no afectar la sobrevivencia del pueblo.

61 El Tribunal acordó que, a finales del siglo XIX, el Estado vendió dos tercios del Chaco para financiar la deuda del Paraguay tras la llamada guerra de la Triple Alianza, con desconocimiento de la población indígena que allí habitaba. Desde entonces las tierras del Chaco paraguayo han sido transferidas a propietarios privados y fraccionadas progresivamente en estancias, obligando a muchas de las aldeas indígenas de los alrededores a concentrarse en las mismas. Tal fue el caso de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, que tradicionalmente se encontraban en la zona donde posteriormente se fundó la “Estancia Salazar”, en cuyo caso se fueron juntando los miembros de la Comunidad.

62 Cf. *Yakye Axa*, supra nota 14, párr. 137 y *Sawhoyamaya*, supra nota 15, párr. 116 y 121.

63 Cf. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214., párr. 215 y 275.

64 Cf. *Xákmok*, *ibid.* párr. 174; *Yakye Axa*, supra nota 76, párr. 135; *Sawhoyamaya*, supra nota 79, párr. 118, y *Saramaka*, supra nota 55, párr. 120.

65 *Saramaka*, *ibid.*, párr. 122.

66 *Ibid.* párr. 125.

67 *Ibid.* párr. 155.

68 *Ibid.* párr. 129 y 143.

a) Derecho a ser consultado y obligación de obtener consentimiento

La consulta debe garantizar la participación efectiva de los integrantes de la comunidad y debe ser realizada: i) de buena fe y con el fin de llegar a un acuerdo; ii) conforme a las propias costumbres y tradiciones de la comunidad y métodos tradicionales para la toma de decisiones; iii) en las primeras etapas del proyecto en cuestión, y iv) previa entrega de toda la información relevante, inclusive los posibles riesgos⁶⁹. La Corte aclaró que es el pueblo y no el Estado quien debe decir sobre quién y quiénes representan a la comunidad en cada proceso de consulta de acuerdo a sus costumbres y tradiciones⁷⁰. Asimismo, mediante Sentencia de Interpretación, la Corte precisó al menos seis asuntos de consulta para el caso concreto⁷¹.

Agregó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, el Estado tiene la obligación de obtener el “consentimiento” libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones⁷². En relación a ello, la salvaguarda de la participación efectiva es un requisito adicional debido al impacto profundo que dichos planes pueden tener sobre el derecho a la propiedad⁷³.

El caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (Sarayaku o Pueblo Sarayaku)*⁷⁴ de 2012, se refiere a al otorgamiento por parte del Estado de un permiso a una empresa petrolera privada para realizar actividades de exploración y explotación petrolera en territorio indígena, incluyendo la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del mismo, sin haber realizado el debido procedimiento de consulta y demás salvaguardias, creando con ello una situación de riesgo para la población, ya que durante un periodo le habría impedido buscar medios de subsistencia y limitado sus derechos de circulación y de expresar su cultura. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio *Sarayaku* comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Al respecto, la Corte desarrolló mayores estándares sobre la obligación de garantizar el derecho a la consulta en relación con el derecho a la identidad cultural del Pueblo Indígena.

La Corte estableció que el reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. Dicho derecho está reconocido en el Convenio 169 de la OIT⁷⁵, entre otros instrumentos internacionales y una práctica constante de los más altos tribunales de justicia de la región. El deber de consultar se genera cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Por tanto, el Estado debe incorporar los estándares nacionales e internacionales en la materia desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas. Frente a ello, corresponde también al Estado llevar a cabo tareas de

69 *Ibid.* párr. 133.

70 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. 18.

71 (1) el proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka; (2) el proceso mediante el cual se otorga a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran; (3) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho de los integrantes del pueblo Saramaka a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado; (4) el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, de conformidad con sus tradiciones y costumbres; (5) sobre los resultados de los estudios previos de impacto social y ambiental, y (6) en relación con cualquier restricción a los derechos de propiedad del pueblo Saramaka, particularmente respecto de planes de desarrollo o inversión dentro o que afecten el territorio. *Ibid.* párr. 16.

72 *Saramaka*, supra nota 65, párr. 134.

73 *Ibid.* párr. 136.

74 Cf. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de junio de 2012 Serie C No. 245.

75 Ecuador ratificó el Convenio N° 169 de la OIT en abril de 1998, y ese mismo año se consagraron constitucionalmente los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos, al entrar en vigor la Constitución Política del Ecuador de 1998. La Corte señaló que “era indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometerían su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena”.

fiscalización y de control en su aplicación y desplegar, cuando sea pertinente, formas de tutela efectiva por medio de los órganos correspondientes⁹⁶.

Asimismo, especificó la Corte que respecto del carácter previo de la consulta "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". Lo anterior puede aplicar a medidas legislativas, respecto de las cuales deberán ser consultados previamente en todas las fases de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a meras propuestas⁹⁷.

Respecto de la buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, se pretende concebir un verdadero instrumento de participación con miras a alcanzar un consenso entre las partes, y por tanto es incompatible cualquier medio de coerción o intentos de desintegración de las comunidades. El deber de consulta es un deber del Estado que no puede delegarse a una empresa privada o terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta⁹⁸.

Para que la consulta sea adecuada y accesible, debe realizarse a través de procedimientos culturales adecuados, tomando en cuenta sus tradiciones y la naturaleza de la medida consultada. La adecuación también implica que la consulta tiene una dimensión temporal, que de nuevo depende de las circunstancias precisas de la medida propuesta, teniendo en cuenta el respeto a las formas indígenas de decisión⁹⁹.

Finalmente, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad. En ese sentido, la consulta previa requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes¹⁰⁰.

El Tribunal aclaró que es deber del Estado –y no de los pueblos indígenas– demostrar en el caso concreto, que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas¹⁰¹. En específico, en el caso *Sarayaku* el Estado no cumplió con los estándares antes referidos, por lo que la Corte declaró que Ecuador violó el derecho a la consulta del Pueblo Indígena¹⁰².

b) Compartir beneficios

El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas y que derivan de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de los pueblos¹⁰³, como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la CADH¹⁰⁴. La Corte especificó que la comunidad es quien deberá determinar y resolver respecto de quiénes son los beneficiarios de una compensación según sus costumbres y tradiciones y de acuerdo con lo ordenado por el Tribunal¹⁰⁵.

c) Elaboración de estudios de impacto ambiental y social (EIAS)

Las autoridades deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros de la Comunidad. En este sentido,

96 *Ibid.* párrs. 159 a 179.

97 *Ibid.* párrs. 160 a 164.

98 *Ibid.* párrs. 185 a 200.

99 *Ibid.* párrs. 201 a 203.

100 *Ibid.* párrs. 208 a 2010.

101 *Ibid.* párr. 179.

102 *Ibid.* párr. 211.

103 *Saramaka*, supra nota 65, *ibid.* párr. 140.

104 *Ibid.* párr. 139.

105 *Saramaka*, supra nota 90, párrs. 26 y 27.

el Estado deberá garantizar que no se emita ninguna concesión a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio de impacto social y ambiental¹⁰⁶. Así, la Corte también especificó que "los EIAS deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto¹⁰⁷, y deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo. Uno de los factores que debiera tratar los EIAS es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que hayan sido propuestos. Este análisis permitiría concluir de una manera más certera si los efectos individuales y acumulados de actividades existentes y futuras pueden poner en peligro la supervivencia de los pueblos indígenas o tribales¹⁰⁸". La Corte notó que el nivel de impacto aceptable demostrado por los EIAS puede diferir en cada caso, no obstante el principal criterio consiste en que éste no niegue la capacidad de los miembros de la comunidad a sobrevivir como pueblo¹⁰⁹.

En específico, en el caso *Saramaka* la Corte concluyó que no sólo se había dejado a los integrantes del pueblo *Saramaka* un "legado de destrucción ambiental, privación de los recursos de subsistencia y problemas espirituales y sociales", sino que además "no [había] recibido ningún beneficio de las operaciones madereras que se encuentran en su territorio"¹¹⁰. Asimismo, encontró que las concesiones madereras dañaron el ambiente y que el deterioro tuvo un impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales de la comunidad, sobre los cuales tiene un derecho a la propiedad comunal. El Estado no llevó a cabo ni supervisó estudios ambientales y sociales previos, ni puso en práctica garantías o mecanismos a fin de asegurar que estas concesiones madereras no causaran un daño mayor al territorio y la comunidad. Además, el Estado no permitió la participación efectiva del pueblo y, a su vez, los miembros del pueblo no recibieron ningún beneficio de la extracción maderera en su territorio. Todo ello violó el derecho de propiedad reconocido en el artículo 21, en relación con el artículo 1.1 de la CADH¹¹¹.

En el caso *Sarayaku*, la Corte concluyó que el plan de impacto ambiental no se llevó a cabo de conformidad con lo dispuesto en su jurisprudencia ni con los estándares internacionales en la materia. Así, observó las obligaciones al respecto derivadas del artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT¹¹², y reiteró que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto; respetar las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión. En el caso concreto, el plan de impacto ambiental: a) fue realizado sin la participación del Pueblo *Sarayaku*; b) fue realizado por una entidad privada subcontratada por la empresa petrolera, sin que conste que el mismo fue sometido a un control estricto posterior por parte de órganos estatales de fiscalización, y c) no tomó en cuenta la incidencia social, espiritual y cultural que las actividades de desarrollo previstas podían tener sobre el Pueblo *Sarayaku*¹¹³.

106 *Saramaka*, supra nota 65 párr. 129.

107 Uno de los más completos y utilizados estándares para EIAS en el contexto de pueblos indígenas y tribales es conocido como *Akwé:Kon Voluntary Guidelines for the Conduct of Cultural, Environmental and Social Impact Assessments Regarding Developments Proposed to Take Place on, or which are Likely to Impact on, Sacred Sites and on Lands and Waters Traditionally Occupied or Used by Indigenous and Local Communities*, el cual puede ser encontrado en: <http://www.ccad.int/doc/publications/bkive-prochure-en.pdf>.

108 *Saramaka*, supra nota 90, párr. 41.

109 *Ibid.* párr. 42.

110 Las estadísticas gubernamentales que se presentaron como prueba ante la Corte indicaban que se extrajo una gran cantidad de madera valiosa del territorio *Saramaka* y no se les pagó ningún tipo de indemnización por ello. *Saramaka*, supra nota 1, párr. 153.

111 *Saramaka*, supra nota 65, párr. 154.

112 Artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT "[l]os gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas".

113 *Sarayaku*, supra nota 94, párrs. 204 a 207.

d) El derecho a la identidad cultural en relación con la falta de consulta

Respecto de otras afectaciones derivadas de la falta de la consulta, en el caso *Sarayaku* la Corte desarrolló pautas para esbozar el derecho a la identidad cultural¹¹⁴. Al respecto, señaló que éste es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. “Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”. En específico, la Corte sostuvo que la falta de consulta al Pueblo *Sarayaku* afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicó 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 mismos¹¹⁵.



2.3. Pueblo indígena como sujeto de derecho ante la Corte

Resulta relevante el reciente reconocimiento hecho por la Corte en cuanto al carácter de sujetos de derecho colectivos frente a la CADH. En este sentido, la práctica de la Corte en casos de pueblos indígenas había consistido en interpretar el concepto de persona establecido en los artículos 1.2 y 44 de la CADH, derivando que las violaciones a ésta exclusivamente se podían declarar en perjuicio de los “miembros o integrantes” de las comunidades indígenas (debidamente individualizados), no obstante el carácter colectivo de las violaciones declaradas y las consecuentes medidas de reparación que la Corte otorgaba en beneficio de toda la comunidad¹¹⁶. Al respecto, finalmente en el caso *Sarayaku*, la Corte reconoció a los Pueblos Indígenas como sujetos colectivos de protección de la CADH, al considerar que “la normativa internacional relativa a estos reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva”¹¹⁷.

Lo anterior, adquiere gran relevancia no sólo en el plano enunciativo, sino que en la protección de los recursos naturales, que en su mayoría tienen un carácter difuso y su titularidad se hace indispensable vincularla con el pueblo como sujeto colectivo. Asimismo, la jurisprudencia en materia de propiedad colectiva, identidad e integridad cultural y reparaciones adquiere sentido en el entendido que es la comunidad en la que recaen dichas afectaciones como parte lesionada.

114 Dos Instrumentos Internacionales tienen particular relevancia en el reconocimiento del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas: el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Varios Instrumentos internacionales de UNESCO también desarrollan el contenido del derecho a la cultura y a la identidad cultural. Por su parte, tanto la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en casos en que se alegaba la violación de los artículos 17.2 y 17.3 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, como el Comité PIDESC y, en alguna medida, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos relativos a minorías, se han referido al derecho a la identidad cultural y a la dimensión colectiva de la vida cultural de las comunidades y pueblos nativos, indígenas, tribales y minoritarios. (*Ibid.*, párr. 215 y 216).

115 *Sarayaku*, supra nota 94 párr. 220.

116 Cfr. Voto Concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi, Caso *Xákmok Kásek*, supra nota 19. En el sentido de reconocer a las comunidades indígenas como sujetos colectivos protegidos por la CADH.

117 *Sarayaku*, supra nota 94 párr. 231.

2.4. Vida Digna

Desde una interpretación literal del enunciado del artículo 4 de la CADH¹¹⁸ el inciso 1 está enfocado al deber de respeto del derecho a la vida, y los demás incisos restringen la práctica de la pena de muerte.

No obstante, al ser el artículo 4.1 interpretado en casos de grupos en situación de vulnerabilidad y en relación con el artículo 1.1 (*deber de garantía*), así como del artículo 29 de la CADH, la Corte ha desarrollado el concepto de “vida digna”, dándole contenido a su interpretación a la luz de otros instrumentos nacionales e internacionales.

Así, la Corte ha señalado que “no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”¹¹⁹. En específico, el Estado debe generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. Asimismo, “el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”¹²⁰.

En los casos paraguayos de pueblos indígenas (*supra*), derivado de la falta de su territorio ancestral, los miembros de las comunidades se encontraban en una situación de extrema pobreza, con índices deplorables en sus condiciones de vida, tales como la falta de acceso al agua potable, alimentación, salud, vivienda, etc. Al respecto, la Corte desarrolló a mayor profundidad el concepto de *vida digna* a través de una interpretación evolutiva del derecho a la vida en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho a un medio ambiente sano¹²¹); 12 (derecho a la alimentación); 13 (derecho a la educación) y 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador (DESC), y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT¹²². La Corte también observó lo dispuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General No. 14¹²³.

De esta manera, la Corte en el caso *Yakye Axa* observó que 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 limpia¹²⁴. Por tanto, concluyó que la privación de su derecho a la propiedad comunitaria había afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los había privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades¹²⁵. En consecuencia, el Estado no había adoptado medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna en contravención con los artículos 4.1 y 1.1 de la CADH.

Posteriormente, en el caso *Sawhoyamaxa* el Tribunal especificó que para encontrar responsabilidad del Estado por riesgo de vida, debía éste al momento de los hechos tener conocimiento de la existencia de una situación de riesgo real e inminente para la vida y no tomar las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo¹²⁶. En el caso *Xákmok Kásek*, en el que el Estado ya había prestado cierta asistencia humanitaria a la comunidad, el Tribunal destacó que la asistencia estatal brindada en materia de acceso y calidad de agua, alimentación,

118 Artículo 4. Derecho a la vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

119 *Yakye Axa*, supra nota 78, párr. 161.

120 *Ibid.*, párr. 162.

121 Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

122 *Yakye Axa*, supra nota 78, párr. 163.

123 *Ibid.*, párr. 166, citando el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), Artículo 12.

124 Cfr. U.N. Doc. E/C.12/1999/5. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), (20° período de sesiones, 1999), párr. 13, y U.N. Doc. HR/UGEN/1/Rev.7 at 117. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC, (29° período de sesiones 2002), párr. 16.

125 *Yakye Axa*, supra nota 78, párrs. 167, 168 y 176.

126 *Sawhoyamaxa*, supra nota 79, párr. 155.

servicios de salud y educación no había sido suficiente para superar las condiciones de especial vulnerabilidad en que se encontraba la Comunidad. Consideró también que esta situación estaba estrechamente vinculada a la falta de sus tierras. En efecto, la ausencia de posibilidades de autoabastecimiento y auto-sostenibilidad de los miembros de la Comunidad, de acuerdo a sus tradiciones ancestrales, los llevó a depender casi exclusivamente de las acciones estatales y verse obligados a vivir de una forma no solamente distinta a sus pautas culturales, sino en la miseria¹²⁷.

Por tanto, el concepto de *vida digna* en estos casos, incluye, de manera intrínseca, garantizar a los pueblos indígenas las condiciones favorables para utilizar y disfrutar de los recursos naturales en sus territorios.

2.5. Medidas Provisionales: Vida, Integridad Personal, Prevención de Recursos Naturales, Libre Circulación

Las medidas provisionales tienen como principal objetivo prevenir daños irreparables frente a situaciones de extrema gravedad y urgencia¹²⁸. Así, la mayoría de los asuntos bajo conocimiento del Tribunal están relacionados con la protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. En los casos indígenas, dichas medidas han servido para atender situaciones no sólo relacionadas con tales derechos, sino con la protección del territorio tradicional de la comunidad, la preservación de los recursos naturales de un pueblo, la libre circulación y el acceso al territorio indígena.

En el caso *Mayagna Vs. Nicaragua* la Corte otorgó medidas provisionales a favor de la comunidad con el fin de proteger el territorio de ésta, inclusive frente a terceros (respecto de la explotación maderera y actividades agropecuarias), en tanto se delimitara y titulara su territorio tradicional¹²⁹. Dicha protección fue también monitoreada a través de la supervisión de cumplimiento del caso¹³⁰.

En el *Asunto de las Comunidades del Jiguamendó y del Curbaradó respecto Colombia*, la CIDH alegó los actos de hostigamiento, amenazas y desplazamiento de miembros de esta comunidad afrodescendiente. Asimismo, informó que una empresa privada promovía la siembra de palma aceitera en parte del territorio comunitario con ayuda y protección de presuntos miembros del ejército y civiles armados. La siembra de palma africana y la explotación de los recursos naturales de las comunidades ponían en peligro la vida y supervivencia de sus integrantes. Al respecto, la Corte otorgó medidas provisionales a favor de las comunidades y ordenó al Estado brindar protección a la vida e integridad de sus miembros, y asegurar que pudieran seguir viviendo en su residencia habitual, sin ningún tipo de coacción o amenaza. También ordenó al Estado garantizar que los desplazados pudieran regresar a sus comunidades, así como brindar servicios de comunicación permanente y de reacción inmediata¹³¹.

El *Asunto del Pueblo Sarayaku respecto Ecuador*, en lo que concierne a medidas provisionales, se relaciona con la supuesta falta de protección del territorio de esta Comunidad frente a concesiones de explotación de combustible en su territorio (200,000 hectáreas de tierra, 65% territorio de la comunidad), sin que presuntamente haya existido un proceso de consulta y consentimiento, así como con supuestas agresiones a miembros de la misma y el depósito de explosivos en tierras tradicionales que habían detonado, destruyendo bosques, fuentes de agua, cuevas, ríos subterráneos y sitios sagrados, y causando la migración de animales. Al respecto, la Corte otorgó medidas provisionales con el fin de que el Estado brindara protección de los derechos a la vida, integridad

y libre circulación de los miembros de la comunidad, incluso frente a terceros, así como retirara los materiales explosivos del territorio, realizara acciones de mantenimiento a la pista aérea para garantizar dicho medio de transporte¹³². Mediante la Sentencia en el caso *Sarayaku*, la Corte dejó sin efecto las medidas provisionales, ya que dada la particularidad de este caso, las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales quedan reemplazadas por lo ordenado en la Sentencia y, consecuentemente, su ejecución y observancia será objeto de supervisión del cumplimiento de la misma¹³³. Lo anterior está relacionado con la neutralización, desactivación y retiro de los explosivos, y con el deber de consulta al Pueblo Indígena, entre otras.

El *Asunto de las Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros respecto Panamá*, se relaciona con la supuesta concesión por 20 años de 6,215 hs. a la empresa *AES Changuinola* para administrar el Bosque y construcción de represas hidroeléctricas, sin el procedimiento de consulta requerido. Además, se informó a la Corte que durante el año 2011 la represa *Chan 73* inundaría a las cuatro comunidades objeto de la solicitud de medidas, compuestas por 1500 y 2000 personas, y a otras comunidades en territorios aledaños. La CIDH solicitó al Tribunal medidas de protección a los derechos a la vida, integridad y libre circulación, así como a la relación de las comunidades con sus recursos naturales, y la suspensión de las construcciones y demás actividades de la concesión de la hidroeléctrica.

Al respecto, la Corte realizó diversas gestiones para requerir información a las partes. Entre éstas, solicitó a la *Defensoría del Pueblo de Panamá* un informe en el que analizará el posible impacto que tendrían sobre los derechos de las comunidades los avances en la construcción de una hidroeléctrica, así como su valoración institucional sobre los procedimientos de consulta que se habrían desarrollado¹³⁴. El Estado brindó la información requerida y remitió información destinada a probar el cumplimiento de los estándares exigidos por la Corte en la materia; entre éstos afirmó que el 99% de las familias estaban de acuerdo con el proyecto y que se había cumplido con las indemnizaciones requeridas. Asimismo, señaló que se estaban siguiendo parámetros y recomendaciones para minimizar el impacto ambiental y giras médicas para atender quejas reiteradas respecto del polvo generado por las detonaciones y el ruido ocasionado por las sirenas¹³⁵.

Finalmente, la Corte resolvió rechazar las medidas, en virtud de que la CIDH no demostró la extrema gravedad y urgencia de la situación y planteó asuntos propios a un análisis del fondo de un caso contencioso. No obstante, la Corte recordó su jurisprudencia en materia de concesiones y las exigencias para las restricciones legítimas del derecho a la propiedad comunal (*supra*)¹³⁶.

Finalmente, en el caso *Xákmok Kásek*, la Corte en su Sentencia de Reparaciones ordenó al Estado no "realizar ningún acto que dificulte aún más el resultado de la Sentencia. En este sentido, hasta que no se entregue el territorio tradicional a los miembros de la Comunidad, el Estado deberá velar que tal territorio no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares. Así, deberá asegurar que no se deforeste la zona, no se destruyan los sitios culturalmente importantes para la Comunidad, no se transfieran las tierras y no se explote el territorio de tal forma que dañe irreparablemente la zona o los recursos naturales que en ella existen"¹³⁷.

127 Xákmok Kásek, *supra* nota 83, párr. 215 y 216.

128 Artículo 53.2 de la CADH. "En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión".

129 Cfr. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni respecto Nicaragua. Medidas Provisionales. Resoluciones de 6-9-02 y 26-11-07.

130 Mayagna, *supra* nota 75. Punto Resolutivo Cuarto.

131 Cfr. Corte IDH. Asunto Comunidades del Jiguamendó y del Curbaradó respecto Colombia. Resolución de la Corte de 15 de marzo de 2005, Punto Resolutivo 2o.

132 Cfr. Corte IDH. Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador. Resolución de la Corte 4 de febrero de 2010.

133 Sarayaku, *supra* nota 94, párrs. 340.

134 Cfr. Corte IDH. Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá. Resolución de la Corte de 28 de mayo de 2010. Visto 6.

135 *Idem*.

136 Cfr. Corte IDH. Asunto Cuatro Comunidades Indígenas Ngöbe y sus Miembros respecto Panamá. Considerando 18.

137 Xákmok Kásek, *supra* nota 83, par. 291.

2.6. Libertad de Asociación, Acceso a la Información y Utilidad Pública

Los casos que a continuación se exponen no tratan sobre pueblos indígenas, no obstante sí están relacionados con la protección de recursos naturales y temáticas ambientales que ofrecen estándares relevantes en la materia.

En el caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, relacionado con el asesinato de Jeannette Kawas Fernández, presidenta de la Fundación para la Protección de Lancelilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat (PROLANSATE), por su trabajo de denuncia y oposición frente a la explotación de los recursos naturales de ciertas áreas protegidas en el Municipio de Tela en Honduras, la Corte encontró que éste había tenido un efecto amedrentador en relación con otros defensores del medio ambiente, por lo que dicho asesinato ocasionó la violación no solo del derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la CADH, sino también provocó una violación a su derecho a la libertad de asociación, consagrado en el artículo 16.1 de la CADH, al considerar que su muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente¹³⁸. Dicha violación derivó a que la Corte ordenara en el capítulo de reparaciones y como garantía de no repetición que el Estado realizará una campaña de concientización y sensibilización sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras, así como medida de conmemoración satisfactoria el levantamiento de un monumento en su nombre y la rotulación del Parque Nacional con su nombre, respecto del cual enfatizó que en el rótulo se deberá dejar constancia que la víctima murió en defensa del medio ambiente y de dicho parque nacional, en particular¹³⁹.

En el caso *Cabrera y Montiel Vs. México*, conocido como "Campesinos Ecologistas", los representantes de las víctimas alegaron que los señores Cabrera y Montiel, "a causa de su activismo" en defensa del medio ambiente, fueron "ilegal y arbitrariamente detenidos, y luego torturados". Precizaron que estas agresiones "no ha[bian] podido ser sino una represalia por su activismo ambientalista". Además, señalaron que dicha represalia se enmarcaba en un patrón de ataques contra defensores del medio ambiente y, en particular, contra la Asociación Civil Organización de Campesinos Ecologistas de la Sierra de Petatlán y Coyuca de Catalán (OCESP). Sin embargo, dado que la CIDH en su demanda no se refirió a estos hechos, la Corte de acuerdo a su jurisprudencia no se pudo pronunciar al respecto ni en relación con la presunta violación del artículo 16 de la CADH¹⁴⁰.

En el caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*, sobre acceso a la información, las víctimas habían solicitado información al Comité de Inversiones Extranjeras sobre el proyecto "de explotación del Río Cóndor" con el fin de "evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto y medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia". La víctima expresó que acudió a pedir la información "preocupado por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile" y que "[l]a denegación de información pública, significó [...] un impedimento a [su] tarea de fiscalizador". Al respecto, la Corte observó, entre otras disposiciones que garantizan el acceso a la información en cuestiones de medio ambiente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁴¹, y encontró que al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a información bajo el control del Estado, las víctimas del caso vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública, lo que derivó en una violación del derecho a la información, consagrado en el artículo 13 de la CADH¹⁴².

En el caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, respecto de la expropiación de un predio particular para la realización del Parque Metropolitano de Quito, la Corte reconoció que las razones de "utilidad pública" por las que se restringió el derecho a la propiedad, las cuales consistieron en la protección del medio ambiente a través

del establecimiento de dicho parque, lo cual es de gran relevancia e interés público para la ciudad de Quito, fueron legítimas y debidamente fundamentadas. No obstante, existió una violación al derecho de propiedad por la falta de pago de una justa indemnización durante un periodo prolongado en favor de la persona expropiada¹⁴³.

En otro sentido, cabe mencionar que en el caso de la *Comunidad Xákmok Kásek*, los propietarios privados habían promovido la declaración de una zona de reserva natural privada sobre el territorio indígena, no obstante, la Corte encontró que en el caso concreto se encontraba debidamente probado que "no se tomó en cuenta la reclamación indígena sobre las tierras declaradas como reserva natural al momento de emitirse el Decreto y aprobarse la justificación técnica que las declaraba como tal; que no se informó a los miembros de la Comunidad sobre los planes para declarar parte de ese territorio como reserva natural privada, y que dicha declaratoria ocasionó perjuicios a la forma de vida de los miembros de la Comunidad, ya que ésta les impedía realizar sus actividades tradicionales e ingresar a su territorio tradicional¹⁴⁴. Como consecuencia, ordenó adoptar medidas necesarias para que dicho Decreto no fuera un obstáculo para la devolución de las tierras tradicionales. En este sentido, los derechos ambientales y a la propiedad comunitaria deben ser siempre conciliados para su coexistencia, sin que unos limiten el goce de los otros.

2.7. Medidas de Reparación Integral

La reparación integral es un sello característico en la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de cualquier otro Tribunal internacional e inclusive nacional, y en el caso del tema que nos ocupa el alcance en las reparaciones ordenadas no ha sido menor, por lo que destaca su alcance colectivo y su reconocimiento de la etnicidad. Como medidas de reparación integral relacionadas con este tema la Corte ha otorgado, *inter alia*, las siguientes:

Como *Medidas Restitutorias*: En los casos paraguayos (*supra*) la Corte ordenó al Estado la devolución de los territorios tradicionales de las comunidades y, en su caso, la entrega de tierras alternativas dentro del territorio tradicional de sus ancestros¹⁴⁵. En el caso *Xákmok Kásek* la Corte por primera ocasión otorgó una especie de sanción punitiva en caso de incumplimiento de los plazos ordenados para garantizar el territorio a la comunidad. La Corte dispuso que si el plazo fijado en la Sentencia venciera, o en su caso, si la prórroga otorgada venciera o fuera denegada por el Tribunal, sin que el Estado haya entregado las tierras tradicionales, o en su caso las tierras alternativas, deberá pagar a los líderes de la Comunidad un monto determinado por cada mes de retraso¹⁴⁶. La Corte ha ordenado también velar que el territorio reclamado por la comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares¹⁴⁷. En el caso *Mayagna*, la Corte ordenó la delimitación, demarcación y titulación del territorio tradicional de la Comunidad. En el caso del Pueblo *Sarayaku*, la Corte ordenó al Estado neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo *Sarayaku*, con base en un proceso de consulta con el mismo, y reforestar el área afectada¹⁴⁸.

Como *Medidas de satisfacción*: La Corte ha ordenado: a) la realización de actos públicos de reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado; b) la publicación de la Sentencia; c) la publicación del resumen oficial de la Sentencia en los idiomas *indígena* a través de una emisora radial de amplia cobertura en la región de la comunidad en cuestión; d) la implementación de campañas de sensibilización respecto de la importancia de

138 Cfr. Corte IDH. Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 152.

139 *Ibid.*, párrs. 206 y 214.

140 Cfr. Corte IDH. Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 221, párr. 60.

141 Cfr. Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 81. Cfr. Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada del 3 al 14 de junio de 1992.

142 *Ibid.*, párr. 99.

143 Cfr. Corte IDH. Caso *Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222, párr. 79. En su Sentencia de Reparaciones, la Corte agregó que "el Parque Metropolitano de Quito es un área de recreación y protección ecológica de gran importancia para una ciudad con alta densidad de población, el cual representa más del 55% de las áreas verdes de la ciudad. Es considerado 'el pulmón principal de la ciudad', ya que mantiene el equilibrio del ecosistema con un gran valor en cuanto a flora y fauna silvestres. Asimismo, en la actualidad es la mayor reserva de bosque manejado como parque urbano en el país". A su vez, cabe destacar que el predio objeto de la expropiación representa el 11% de la totalidad de la superficie del parque. Todo ello debe ser debidamente valorado".

144 *Xákmok Kásek*, *supra* nota 83, párr. 158.

145 La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones.

146 *Xákmok Kásek*, *supra* nota 83.

147 *Saramaka*, *supra* nota 65, párr. 211.

148 *Sarayaku*, *supra* nota 94, párr. 295.

las labores de los defensores del medio ambiente, y e) la creación de un monumento en memoria de defensores ambientales en un parque nacional.

Como *Medidas de rehabilitación*: La Corte ha ordenado al Estado: a) mientras se entrega el territorio tradicional o las tierras alternativas, adoptar de manera inmediata, periódica y permanente medidas sobre el suministro de agua potable suficiente; la revisión y atención médica y psicosocial de todos los miembros de la comunidad; la atención médica especial a las mujeres embarazadas; la entrega de alimentos en calidad y cantidad suficientes; la instalación de servicios sanitarios adecuados, y la dotación de materiales y recursos a la escuela para garantizar el acceso a la educación básica, procurando el respeto de las tradiciones culturales y las lenguas propias; b) establecer un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; c) establecer un sistema de comunicación; d) asegurarse que el puesto de salud y el sistema de comunicación señalados se trasladen al lugar donde la Comunidad se asiente definitivamente una vez recuperado su territorio tradicional¹⁴⁹; y e) elaborar programas de salud y tratamiento médico y psicológico¹⁵⁰.

Como *Garantías de no repetición*: La Corte ha ordenado al Estado: a) adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad, y b) remover obstáculos para la devolución de las tierras tradicionales¹⁵¹. En el caso *Saramaka*, respecto de las concesiones ya otorgadas dentro del territorio tradicional, se ordenó a Surinam c) revisarlas, a la luz de la Sentencia, con el fin de "evaluar si es necesaria una modificación a los derechos de los concesionarios para preservar la supervivencia del pueblo"; e) "abstenerse de realizar actos que puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo"; f) garantizar el derecho de consulta y compartir beneficios de los proyectos; g) realizar estudios de impacto ambiental¹⁵²; y h) implementar programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas¹⁵³.

Como *medidas de compensación económica*: pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos.

Como *medidas socio-económicas*: a) la creación de programas de desarrollo que incluyen suministro de agua potable, infraestructura sanitaria, implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud para la comunidad, así como electricidad¹⁵⁴; b) mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre las indicadas comunidades y la cabecera municipal¹⁵⁵; c) una cantidad que deberá ser utilizada, entre otros, para la implementación de proyectos educativos, culturales, de seguridad alimentaria, de salud y de desarrollo eco-turístico u otras obras con fines comunitarios o proyectos de interés colectivo que el Pueblo considere prioritarios¹⁵⁶.

149 *Xákmok Kásek*, supra nota 63.

150 Cfr. Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116.

151 *Xákmok Kásek*, supra nota 63.

152 *Saramaka*, supra nota 65, párr. 194.

153 *Sarayaku*, supra nota 94 párr. 302.

154 *Caso Yakyje Axa*: Programa comunitario, destinado al suministro de agua potable e infraestructura sanitaria, y un fondo de desarrollo x US\$ 950.000 Implementación de proyectos educativos, habitacionales, agrícolas y de salud. *Caso Saramaka*: fondo de desarrollo x US\$ 600.000, para financiar proyectos educativos, de vivienda, agrícolas y sanitarios, así como electricidad y agua potable.

155 *Masacre Plan de Sánchez*, supra nota 150.

156 *Sarayaku*, supra nota 94, párr. 323.

2.8. Supervisión e implementación de las Sentencias

La Corte IDH de acuerdo con el artículo 67 y 68¹⁵⁷ de la CADH da seguimiento al cumplimiento de sus propias sentencias¹⁵⁸. Al respecto, destaca el cumplimiento completo en el caso de la *Comunidad Mayagna*, respecto del cual, la Corte dictó Sentencia de fondo y reparaciones el 31 de agosto de 2001. Posteriormente, a partir del 2007, la Corte adoptó una nueva práctica de convocar a audiencias a las partes para monitorear la supervisión de cumplimiento de casos. El 3 de mayo de 2008, la Corte celebró una de las primeras audiencias privadas en el caso de la *Comunidad Mayagna*, en la que el Estado se comprometió a realizar acciones específicas para su cumplimiento¹⁵⁹. Mediante Resolución de 3 de abril de 2009, la Corte dio cumplimiento total de esta Sentencia, con motivo de que el Estado cumplió cabalmente con todos y cada una de las reparaciones ordenadas en la Sentencia¹⁶⁰ (supra).

Además, el 4 de febrero de 2008, la Corte celebró audiencia privada de supervisión de cumplimiento en los casos de las *Comunidades Yakyje Axa* y *Sawhoyamaya*. Posteriormente, el 15 de julio de 2009, celebró la primera audiencia "pública" de supervisión de cumplimiento en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaya*, durante su sesión extraordinaria en Bolivia. En el mes de noviembre de 2011, la Corte celebró una audiencia temática sobre la identificación, entrega y titulación de las tierras ancestrales ordenada en los tres casos paraguayos. En vista de lo anterior, el Estado ha reportado diversas acciones para cumplir este punto. Asimismo, el 26 de mayo de 2010 se celebró audiencia de supervisión en el caso del *Pueblo Saramaka*¹⁶¹ y el 23 de noviembre de 2011 se emitió una Resolución de Cumplimiento, mediante la cual se declaró el cumplimiento de las traducciones y publicación de la Sentencia, la transmisión en radio de la misma, el reintegro de costas y gastos, así como el cumplimiento parcial del pago indemnizatorio a un fondo de desarrollo comunitario, quedando pendiente de cumplimiento los demás puntos ordenados¹⁶². Esta práctica de remisión de informes periódicos escritos y

157 Es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte la supervisión del cumplimiento de sus decisiones. El artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones. Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Competencia, Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 131; *Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de diciembre de 2010, Considerando tercero, y *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de diciembre de 2010, Considerando tercero.

158 A diferencia del Tribunal Europeo de DH, la Corte IDH tiene la facultad de supervisar sus propias Sentencias. Tradicionalmente, dicho procedimiento se realizó a través de presentación de Informes del Estado y observaciones de los representantes y la CIDH. Posteriormente, la Corte emite una Resolución en la materia. A partir del 2007, la Corte incluyó en su práctica la realización de audiencias, ya sea privadas o públicas, de supervisión de cumplimiento, lo que ha ayudado de manera significativa a inocular el cumplimiento e implementación de las medidas ordenadas.

159 El "Acta de acuerdos entre las Representaciones Legales del Estado de Nicaragua y la Comunidad de Awás Tingni en el caso de la *Comunidad Mayagna de Awás Tingni Vs. Nicaragua*". Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 07 mayo de 2008.

160 Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicaragua*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

161 Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Supervisión Cumplimiento Sentencia. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de abril de 2010. (Disponible solo en inglés)

162 Cfr. Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2011. http://www.corteidh.or.cr/docs/operatividad/saramaka_23_11_11.pdf



audiencias privadas o públicas ha contribuido a que las partes inicien diálogos y activen las gestiones necesarias para dar cumplimiento a las Sentencias. No obstante, el cumplimiento, especialmente en lo que respecta a la reivindicación territorial, aún se encuentra pendiente en la mayoría de los casos.

Por otra parte, el 7 de septiembre de 2010, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la CIDH realizó una visita a Paraguay con el objetivo de verificar la situación general de los pueblos indígenas del país, visitar comunidades indígenas que tienen casos pendientes ante el Sistema Interamericano de derechos humanos e informarse sobre los esfuerzos del Gobierno Nacional en este campo. La Relatoría reconoció las importantes contribuciones del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) y de la Comisión Interinstitucional para el Cumplimiento de las Sentencias Internacionales (CICSI) al desarrollo de propuestas constructivas, y destacó la existencia y composición de la CICSI en tanto ejemplo de arreglo interinstitucional potencialmente exitoso para la resolución de los problemas de los pueblos indígenas del país¹⁶³.

2.9. Desafíos Verdes para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En los próximos años el SIDH se verá en a la necesidad de enfrentar diversos planteamientos derivados del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y su relación con ambiente y con los recursos naturales. Asimismo, se presentarán casos concernientes a problemáticas exclusivamente ambientales, que representen mayores retos técnicos para su resolución. Para todo ello, considero que el sistema está preparado para emprender ese desafío y así resolver y generar estándares claros en la materia.

En específico, en el tema indígena se tendrán que aclarar los alcances de conceptos como *los estándares de consentimiento frente al desarrollo de proyectos a gran escala, la participación efectiva, las costumbres y tradiciones, riesgo, la autodeterminación indígena, la obligación de compartir beneficios, los estudios de impacto ambiental, el desarrollo sostenible, la supervivencia de los pueblos, la discriminación estructural, las afectaciones a la identidad e integridad cultural, las afectaciones en el derecho a la circulación y residencia, la efectividad y alcance de las medidas provisionales, el ejercicio pleno de la legitimación activa de las comunidades ante la Corte, y las reparaciones con perspectiva indígena, de género y medio ambiente, entre otros*¹⁶⁴. Asimismo, se podrán ir refinando los alcances en la aplicación del artículo 26 de la CADH (desarrollo progresivo) y la aplicación de los DESC a través del Protocolo de San Salvador y el concepto y alcance del derecho a la vida digna de los pueblos indígenas y otras colectividades. El artículo 13 de la CADH (derecho/acceso a la información) será también un derecho para su posible expansión en la tutela de estos derechos, así como su interpretación a la luz de nuevos tratados en la materia¹⁶⁵.

En el campo ambiental, se deberá recurrir a la aplicación y desarrollo de principios internacionales del derecho ambiental, tales como: a) no causar daños ambientales en otras jurisdicciones; b) prevención; c) precautorio; d) evaluación de impacto ambiental; e) información, participación y acceso a la justicia¹⁶⁶. Asimismo, el SIDH deberá recoger ciertos estándares que se encuentran en el *corpus juris* en la materia, a través de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y Agenda 21, el Convenio de Diversidad Biológica, el Convenio de Ramsar, Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural de la UNESCO, el Protocolo de Nagoya, etc¹⁶⁷. La Corte además, deberá desarrollar estándares en casos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas frente a proyectos de desarrollo, así como respecto de

nuevas temáticas relacionadas con la biodiversidad, los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas (TK)¹⁶⁸, la contaminación ambiental y el manejo de residuos, el cambio climático, las migraciones por refugiados ambientales, el acceso a la información, el desarrollo económico versus la explotación de recursos naturales, la responsabilidad del Estado por acciones de empresas privadas, la discriminación de las mujeres indígenas en la toma de decisiones, la aplicación del control de convencionalidad en la jurisdicción interna en esta materia, etc.

Otro aspecto a considerar es cómo impactará la jurisprudencia emitida por la Corte en relación con países miembros de la OEA que no han firmado la CADH ni aceptado la competencia del Tribunal, tales como los Estados Unidos de América¹⁶⁹ y Canadá, los cuales no solamente cuentan con reservas indígenas en sus territorios sino que además realizan grandes proyectos de inversión y extracción de recursos en territorios del Centro y Sur América (“efecto Avatar”).

Frente a estas temáticas y el movimiento internacional generado por la protección de los recursos naturales, resulta indispensable reconocer, valorar y aprender de la relación que los pueblos indígenas han tenido con los recursos naturales y gracias a ello han permitido parte de su preservación. Dicha relación no puede ser abordada más desde una perspectiva antropocéntrica que se traduzca en la protección del medio ambiente, para que el ser humano no se vea afectado en cuanto a los recursos que necesita, sino que requiere de una perspectiva y aproximación *geo-holística (Gaiana)* que invita a *respetar* nuestro hábitat como nuestra casa y a percibirnos nosotros —como género humano— como parte de un todo, de una sola vida consiente. Esto implica “hacer la paz con la tierra”, dejar de agredirla y comenzar el proceso de integración que nuestros ancestros indígenas nos han mostrado¹⁷⁰.

La Corte Interamericana no es ajena a este reto, por lo que hoy en día se encuentra en un proceso de gestión integral para digitalizar sus procedimientos y minimizar su huella de carbono, a fin de convertirse en una “Corte Verde”, lo cual podría implicar alcanzar la meta de ser el primer tribunal internacional “carbono neutro”, acompañado de un proceso de mitigación y compensación, así como de una política ambiental institucional, al cual se podrán sumar muchos otros actores nacionales e internacionales.

Conclusiones

La jurisprudencia de la Corte en materia de derechos de los pueblos indígenas y recursos naturales ha permitido en los últimos años generar estándares importantes para el reconocimiento de su relación intrínseca y apuntar hacia su protección más efectiva. Esta jurisprudencia está contribuyendo ampliamente al desarrollo del derecho internacional y el derecho de los Estados en la materia. En específico, a través de los casos *Mayagna, Yakyé Axa, Sawhoyamaya, Xákmok Kásek, Saramaka y Sarayaku*, se han desarrollado conceptos importantes, tales como el derecho a la *propiedad comunitaria, aplicación de salvaguardias frente a proyectos de desarrollo, protección de los recursos naturales, y derecho a la vida digna, entre otros*. No obstante, esta jurisprudencia deberá ser desarrollada a mayor profundidad tanto en los casos pendientes de resolución ante la CIDH como en los futuros casos que se avecinan derivado de las realidades de nuestra región. Asimismo, los mecanismos de supervisión de cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las sentencias representan uno de los retos fundamentales para el SIDH, a fin de que los Estados cumplan y alcancen una debida implementación de tales estándares. Las medidas “punitivas” en el caso *Xákmok Kásek* pueden llegar a ser una alternativa que habrá que evaluar su efectividad. La solicitud de medidas provisionales en estos casos representa también un mecanismo recurrente que se deberá de ir perfeccionando con estándares claros para la presentación de prueba respecto de los requisitos de extrema gravedad y urgencia, así como de la constitución de daños irreparables,

163 Comunicado de Prensa 90/10. Cf. <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2010/90-10sp.htm>

164 Ver temas discutidos en el Caso hipotético *Comunidad Chupanki y otra Vs. La Atlántis. Moat Court Competition 2012*. American University, Washington College of Law. <http://www.wcl.american.edu/hracademy/moat/documents/CasoChupankiVAJAntisSPANISH.pdf>. Memorando de Ley <https://www.wcl.american.edu/hracademy/moat/documents/BenchMemoChupankiVAJAntisSPANISH.pdf>

165 En el caso *Sarayaku*, la Corte desechó el alegato de la violación a este derecho. Ver párr. 230 de la Sentencia. Ver también los temas discutidos en el Caso *Citaitzin Topanki Vs. La República de Mayanla* (Caso hipotético sobre derechos de los pueblos indígenas, medio ambiente y conocimientos tradicionales), para el Concurso en Derecho Internacional. Eduardo Jiménez Aréchaga 2011. <http://www.scribd.com/doc/56498010/Caso-CEJA-2011-Comunidad-Citaitzin-Topanki-Vs-La-Republica-de-Mayanla>

166 Hunter, David, et al, *International Environmental Law and Policy*. University Casebook. Series, 1996, p. 231; Declaración de Río, supra nota 66, Párrs 2, 4, 10, 15. Convención de Diversidad Biológica, supra nota 66, art. 14.

167 Ver. supra nota 66. Convención de Aarhus, Junio de 1998, Guía para la implementación.

168 Cf. Calderón Gamboa, Jorge. “Protecting Traditional Knowledge for Indigenous Peoples: The effectiveness of International Human Rights Remedies”. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Sumario da Revista no. 8., Agosto 2008. <http://www.ibrain.org.br/>. También publicado en el *The Program of Information Justice and Intellectual Property. AU-WCL*. <http://www.wcl.american.edu/piljip/> English. Ver también Caso *Citaitzin Topanki Vs. La República de Mayanla*, supra nota 102.

169 Cf. Response of the Government of the United States to October 10, 2002 Report No. 53/02, Case No. 11.140 (*Mary And Carrie Dann*). http://www.cidh.org/respuestas/usa_11140.htm.

170 Ver *iniciativas* <http://www.fundacionbiodiversidadecologica.org/>; <http://www.cesarcarrienneutrall.org/>; Acordo de Paz con la Tierra. <http://www.celebremoseldiainno.com/acciones-para-participar>. Declaración de Principios para la Evolución Consciente de la Tierra.



a fin de lograr una protección efectiva. El Sistema Interamericano está preparado para generar estándares en nuevas temáticas de protección de pueblos indígenas (como conocimientos tradicionales, salvaguardas para la explotación de recursos y temas de biodiversidad), asimismo respecto de temáticas ambientales, inclusive en casos no relacionados con pueblos indígenas (como contaminación ambiental, manejo de residuos y desplazados o refugiados ambientales).

El sistema se encuentra también frente a otros desafíos verdes respecto de los cuales una aproximación *geo-holística* de tales asuntos será indispensable para brindar soluciones acordes a las exigencias actuales que requiere nuestro planeta. Reconocer, valorar y aprender de la relación que los pueblos indígenas han tenido con la naturaleza, resulta una guía fundamental a seguir y un camino por recorrer también en la esfera de los derechos humanos.

"Que el nuestro sea un tiempo que se recuerde por el despertar de una nueva reverencia ante la vida; por la firme resolución de alcanzar la sostenibilidad; por el aceleramiento en la lucha por la justicia y la paz y por la alegre celebración de la vida".

Carta de la Tierra, El Camino Hacia Adelante.

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

1. NORMAS JURÍDICAS Y DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Dinah Shelton*

Los pueblos indígenas y las comunidades locales enfrentan crisis ambientales. En términos generales, "[L]a explotación de los recursos naturales del subsuelo ha afectado de manera discriminatoriamente alta a los pueblos indígenas... que han asistido a la destrucción de sus territorios tradicionales como consecuencia de tecnologías altamente contaminantes y de la falta de consideración por el derecho al medio ambiente de las comunidades locales"¹. El impacto del cambio climático ha dado lugar a que el tema de la gestión ambiental adopte un carácter urgente para las comunidades indígenas y locales, cuya subsistencia depende de su estrecho vínculo con ríos, lagos, el suelo, el aire y los recursos vivos. Los glaciares andinos están perdiendo tamaño y con ellos, los lagos y los ríos de los que han dependido las comunidades durante siglos. Incluso fuera de las montañas, la falta de acceso al agua y la contaminación de esta² se producen de manera desproporcionada en las comunidades indígenas y rurales, y sus efectos se sienten con mayor frecuencia y gravedad en los miembros vulnerables de las comunidades, es decir, las mujeres, los niños, los ancianos y los enfermos³.

* Catedrática de derecho Manatt/Ahn, Facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Todos los comentarios vertidos en este artículo son de carácter personal.

1 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, documento A/HRC/4/32, 27 de febrero de 2007, §§ 49, 51 y 52. Véase también: Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. "Los derechos humanos y el medio ambiente" Informe final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini. Documento E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de julio de 1994, § 77.

2 La contaminación se define en muchos acuerdos internacionales, incluso en el artículo 152 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que, al igual que otras convenciones, define la contaminación como: *La introducción por el hombre, directa o indirectamente, de sustancias o de energía en el... medio ambiente... que produzca o pueda producir efectos nocivos tales como daños a los recursos vivos...; peligros para la salud humana, obstaculización de las actividades marítimas, incluidos la pesca y otros usos legítimos del [agua], deterioro de la calidad del agua... para su utilización y menoscabo de los lugares de esparcimiento.*

3 Véase el discurso de Catarina de Albuquerque, Relatora Especial sobre el derecho al acceso al agua potable y el saneamiento, ante el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el 24 de mayo de 2011.

Los problemas ambientales son una manifestación de la distribución del poder en los Estados en donde los indígenas y las comunidades rurales son marginadas de la sociedad económica, política y socialmente⁴. A menudo se ignoran las nociones culturales y espirituales indígenas sobre el medio ambiente, las comunidades indígenas son excluidas de los procesos políticos y de planificación, y no se les informa ni se les hace partícipes de la toma de decisiones sobre proyectos de inversión y desarrollo que contaminan o merman considerablemente sus recursos; en ocasiones las comunidades indígenas y locales carecen de las estructuras y capacidades institucionales para promover sus intereses en el ámbito externo, y las autoridades estatales que controlan los territorios indígenas (a menudo considerados como “tierras públicas”) pocas veces reconocen el acceso y derechos convencionales sobre la tierra y sus recursos.

1.1. Normas de derechos humanos

Todos los individuos, incluidos los pertenecientes a las comunidades indígenas y locales deben gozar de sus plenos derechos humanos, garantizados por las normas nacionales e internacionales. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia reafirman también derechos específicos de los pueblos indígenas. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) de 2007⁵ se reconoce que los pueblos indígenas han sufrido injusticias por siglos como resultado de, entre otras cosas, la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer su derecho al desarrollo conforme a sus propias necesidades e intereses.

En consecuencia, en esta declaración se afirma la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas derivados tanto de sus estructuras políticas, económicas y sociales como de sus culturas, tradiciones espirituales, historias y filosofías (en particular, sus derechos sobre sus tierras, territorios y recursos). El control que puedan ejercer los pueblos indígenas sobre los hechos que afecten sus tierras, territorios y recursos es reconocido como esencial para que no solo mantengan y fortalezcan sus instituciones, culturas y tradiciones, sino también para que promuevan su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades. Así, además de todos los derechos humanos que les están garantizados, los pueblos indígenas tienen derechos colectivos que se consideran como indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos, incluido el derecho a la libre determinación interna⁶. Por lo tanto, en la UNDRIP se reconocen explícitamente los derechos que tienen los pueblos indígenas a la tierra y los recursos:

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

En el artículo 10 se refuerza esta garantía ya que enfrenta un problema específico resultante de proyectos

- 4 PNUD. “Mas allá de la escasez: poder, pobreza y crisis mundial del agua (Informe sobre desarrollo humano 2006)” (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2006), p. 9.
- 5 Aprobada por la Asamblea General mediante la resolución 61/295 el 13 de septiembre de 2007, y avalada por todos los estados miembros de Naciones Unidas.
- 6 La UNDRIP garantiza este derecho en dos artículos: Artículo 3: Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. Artículo 4: Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.



A. J. Benavides/Contraste

de desarrollo mal enfocados, al afirmar que “[L]os pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”. En los artículos 18 y 19 se incluyen además los derechos de información, consulta y participación y su aplicación general a las

decisiones, leyes y medidas administrativas que podrían afectar los derechos de los indígenas.

Por lo que se refiere a una preocupación específica en materia de medio ambiente, en las normas de derechos humanos se especifica el derecho de toda persona a una cantidad y calidad mínima del agua para consumo y saneamiento⁷. En 1999⁸ y en 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas confirmó este derecho⁹. En la resolución 64/292 de 2010 se habla de la importancia del agua y del saneamiento equitativos, seguros y limpios como un componente integral del cumplimiento de todos los derechos humanos y necesario para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio. El primer párrafo operativo de esta resolución “[r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

En América Latina, las constituciones nacionales suelen proclamar el derecho a un medio ambiente seguro y saludable. Algunas constituciones alcanzan incluso a proteger determinados elementos del medio ambiente. En la Constitución de Ecuador, por ejemplo, se establece explícitamente el derecho al agua potable y el saneamiento de sus ciudadanos, y se define el “derecho a una calidad de vida” que incluye el acceso al agua potable¹⁰ y el derecho a la salud, que abarca “el suministro de agua potable y saneamiento básico”¹¹. Entre otras constituciones nacionales de la región en las que se reconoce el derecho al agua se incluyen las de Colombia¹², Guyana¹³, Panamá¹⁴ y Venezuela¹⁵.

1.2. Normas interamericanas

La postura de la Comisión en cuanto a la protección del medio ambiente ha sido reconocer que se requiere un nivel básico de salud ambiental por la propia naturaleza y finalidad de la legislación sobre derechos humanos:

El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano¹⁶.

- 7 Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, Mar del Plata, del 14 al 25 de marzo de 1977. Publicación de las Naciones Unidas, número de venta E.77.JI.A.12 (1977). Suscrito por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 32/158, en su 107 reunión del 19 de diciembre de 1977.
- 8 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/Res/54/175 del 17 de diciembre de 1999 (83 sesión plenaria), § 12.
- 9 Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/64/292, A/64/L.63/Rev.1, del 26 de julio de 2010, *El derecho humano al agua y el saneamiento*.
- 10 Constitución de Ecuador, (1998) artículo 23(20) <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador.html>>.
- 11 Véase la Constitución de Ecuador, artículo 42.
- 12 Constitución de Colombia (1991) artículos 366, 367, 368, <confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const12.pdf>.
- 13 Constitución de la República de Guyana (1980), artículo 36, enmendado en 2003, <www.parliament.gov.gy/constitution/Content.html>.
- 14 Constitución de Panamá (1994) artículos 114, 225 y 265, <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/panama.html>>.
- 15 Constitución de Venezuela (1999), artículos 127, 178 y 184, <<http://www.embavenez-us.org/constitution/intro.html>>.
- 16 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, documento OEA/

Ya en 1983, en su séptimo informe sobre los derechos humanos en Cuba¹⁷, la Comisión recomendó que el Estado tomara medidas concretas y adoptara las medidas ambientales pertinentes para cumplir con su obligación de garantizar el derecho a la salud. La Comisión indicó que es "esencial" contar con un ambiente propicio para una población saludable y señaló que factores tales como el abastecimiento de agua, la eliminación de excretas y desechos industriales inciden de manera significativa en este aspecto (§ 41). La Comisión señaló las condiciones negativas en Cuba, incluida la escasez de agua y la contaminación industrial de los ríos, bahías y aguas costeras, a tal grado que se habían creado zonas muertas. La Comisión determinó que "el alcantarillado se encuentra en un estado tan deplorable que frecuentemente afecta al país de manera negativa" (§ 49). Falta de recolección de basura fue visto también como un problema grave (§ 51). La Comisión llegó a la conclusión de que las prácticas de salud ambiental e industrial requieren mucha más atención por parte del Gobierno, necesitándose mejoras radicales para combatir la creciente contaminación de suelos, aire y agua (§§ 60-61).



El Gobierno es pues responsable no sólo por las acciones que tome el Estado en cuanto a la violación de los derechos humanos, sino también por las medidas que deje de tomar para evitar que otros actores degraden el medio ambiente. En el caso *Yanomamis v. Brasil*¹⁸ se alegaba que el Gobierno había violado la Declaración Americana al construir una carretera a través del territorio de los yanomamis y al autorizar la explotación de los recursos del territorio por particulares. Estas acciones dieron lugar a la llegada de personas no indígenas que trajeron consigo enfermedades contagiosas, que no fueron tratadas debido a la falta de atención médica. La Comisión consideró que el Gobierno había violado los derechos de los yanomamis a la vida, la libertad y la seguridad personal garantizados por el artículo I de la Declaración, así como el derecho de residencia y movimiento (artículo VIII) y el derecho a la preservación de la salud y el bienestar (artículo XI). Las violaciones se dieron particularmente porque el Gobierno procedió sin la "previa y adecuada protección para la seguridad y salubridad de los indios yanomamis"¹⁹.

Anticipando las objeciones del Estado de que el desarrollo económico es cuestión prioritaria, la Comisión ha reconocido la existencia de un "derecho al desarrollo" y manifestó su acuerdo de que ese derecho implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluso mediante concesiones e inversiones internacionales. La Comisión especificó que las normas de derechos humanos de la región "exigen que [el desarrollo] tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanticen los derechos humanos de los individuos afectados."

La Comisión ha dejado en claro que está convencida de que el desarrollo debe ser sostenible y que ello requiere la protección del medio ambiente. Al hacerlo, ha citado la Declaración de Principios de las Cumbres de las Américas: "El progreso social y la prosperidad económica sólo se pueden mantener si nuestros pueblos viven en un entorno saludable y nuestros ecosistemas y recursos naturales se utilizan cuidadosamente y de

manera responsable"²⁰. La Comisión ha recomendado otras medidas positivas para mitigar los daños ambientales vinculados con las condiciones económicas. En un informe sobre Paraguay²¹, la Comisión Interamericana sugirió que el Gobierno adoptara estrategias para proteger los recursos ambientales y el capital social de las comunidades pobres, y señaló que estos son recursos a los que puede recurrir la gente para escapar de la pobreza.

Por lo que se refiere a las tierras indígenas y los recursos, los proyectos de desarrollo deben respetar sus derechos de propiedad colectiva. En el *Caso del pueblo maya del Distrito de Toledo*, la Comisión volvió a reconocer la importancia del desarrollo económico para la prosperidad de las poblaciones del continente, pero insistió en que "las actividades de desarrollo deben ir acompañadas de medidas adecuadas y efectivas para garantizar que las mismas no se lleven a cabo a expensas de los derechos fundamentales de las personas que pueden ser particular y negativamente afectadas, incluidas las comunidades indígenas y el medio ambiente del que dependen para su bienestar físico, cultural y espiritual"²².

La jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos también reconoce explícitamente el derecho a sus tierras ancestrales como propiedad comunal (artículo 21), incluidos los recursos naturales utilizados tradicionalmente para fines económicos, culturales o espirituales²³. En términos generales, en virtud de su derecho a la propiedad, los pueblos indígenas y tribales y sus miembros tienen derecho a "usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro del territorio que supuestamente tradicionalmente les pertenece"²⁴.

La CIDH ha señalado que, entre las comunidades indígenas, la vida de sus miembros "depende fundamentalmente" de las actividades de subsistencia –agricultura, caza, pesca y recolección– que llevan a cabo en sus territorios²⁵, y que por lo tanto, "[L]a relación" que la comunidad indígena "mantiene con sus tierras y recursos se encuentra protegida bajo otros derechos contemplados en la Convención Americana, tales como el derecho a la vida, la honra y la dignidad, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, la protección a la familia, y el derecho de circulación y residencia"²⁶. La preservación de la peculiar relación entre los pueblos indígenas y tribales y los recursos naturales que tradicionalmente han usado y que están ligados a su cultura "es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección"²⁷. El propósito de estas *medidas*

20 *Ibid.*, en 84.

21 Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/V/II.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001 (denominado en lo sucesivo como Tercer informe sobre Paraguay).

22 *Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo*, Informe N.º 40/04, Caso 12.053 (Fondo), 12 de octubre de 2004 (denominado en lo sucesivo como Caso del pueblo maya del Distrito de Toledo), § 150.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, § 116.

24 Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el derecho" de los miembros de los pueblos indígenas "a utilizar y gozar de las tierras que... poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia". *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, subítemo D y § 141.

25 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad mayagna (suma) Awas Tingni vs. Nicaragua (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(I).

26 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la comunidad mayagna (suma) Awas Tingni vs. Nicaragua (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(I).

27 CIDH, Informe N.º 79/02, Caso 11.140, *Mary y Carme Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, § 128. Debido a su crucial importancia, "la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana." [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena yakyé axa vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N.º 125, § 137.] [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena sawhojama vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, N.º 146, §§ 118 y 121.] [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso comunidad indígena xakmok kasek vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 24 de agosto de 2010. Serie C, N.º 214, § 85.] La Corte considera que los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales requieren atención "en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que ahí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros". [Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas)*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, § 120.] De hecho, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas

Ser.L/V/II.96 doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, en 92 (denominado en lo sucesivo como Informe sobre Ecuador).

17 La situación de los derechos humanos en Cuba, Séptimo Informe, OEA/Ser.L/V/II.61, Doc. 29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, capítulo XIII.

18 *Caso yanomamis*, resolución N.º 12/85, Caso 7615 (Brasil), en Informe Anual de la CIDH 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10, rev. 1 (1985), 24. (denominado en lo sucesivo como Caso yanomamis).

19 *Caso yanomamis*, Caso 7615, CIDH, resolución N.º 12/85, OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 10, rev. 1, 24, 32 (1985).

especiales necesarias es garantizar que los pueblos indígenas puedan seguir llevando su estilo de vida tradicional, su característica identidad cultural, su estructura social, su sistema económico, sus costumbres, sus creencias y sus tradiciones²⁸.

Durante más de dos décadas la relatoría sobre los pueblos indígenas y la CIDH en su conjunto han elaborado normas y hecho recomendaciones para proteger la tierra y los recursos de los pueblos indígenas contra la degradación del medio ambiente. En su informe de 1997 sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador²⁹, la CIDH describió las circunstancias de los habitantes indígenas de las regiones boscosas del interior del país que han sido afectadas por la contaminación ambiental derivada de la producción de petróleo. Después de una visita in loco, la Comisión explicó que “[E]l desarrollo y la explotación del petróleo alteran efectivamente el entorno físico y generan una cantidad considerable de subproductos y desechos tóxicos”. La CIDH documentó las graves consecuencias de esta situación sobre la salud y la subsistencia de la población indígena de la región amazónica.

La CIDH ha recordado que el Estado tiene el deber de hacer cumplir sus leyes internas y sus compromisos internacionales en el ámbito de la protección del medio ambiente; ha indicado que aunque el derecho al desarrollo implica que el Estado es libre de explotar sus recursos naturales y otorgar concesiones, las autoridades deben aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales que protegen el derecho a la vida, la salud y a vivir en un medio ambiente sano. La falta de regulación, regulaciones inapropiadas o la falta de supervisión en la aplicación de la ley puede causar graves efectos en el medio ambiente, los cuales posteriormente pueden traducirse en violaciones de los derechos humanos. Asimismo, el Estado debe adoptar medidas encaminadas a aumentar la capacidad de los individuos y grupos para salvaguardar y reclamar sus derechos, entre los que se incluyen el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones pertinentes y el acceso a la justicia mediante procesos judiciales. La CIDH aclaró que sus conclusiones sobre el impacto de las actividades de extracción de petróleo pueden aplicarse de igual forma a otros tipos de actividades extractivas con efectos nocivos sobre el medio ambiente, incluso la minería.

En su informe de 2001 sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay³⁰, la CIDH hizo referencia a la falta de acceso a los territorios y el deterioro ecológico de las tierras de los pueblos indígenas del país, lo cual repercute en el goce efectivo de otros derechos humanos individuales y colectivos. La CIDH señaló que la “contaminación de las reservas de aguas... es un problema de salud pública³¹”, y que esta situación incide de manera negativa en los índices de mortalidad y desnutrición entre los niños indígenas (a una velocidad varias veces superior a la media nacional)³² y hace a la población indígena más vulnerable a enfermedades y epidemias, en particular el mal de Chagas, la tuberculosis y el paludismo³³. Además, se constató que las comunidades indígenas han sufrido “procesos intensos de deterioro y desintegración comunitaria³⁴”. La CIDH recomendó medidas concretas de reparación. El mismo año en el que emitió el informe sobre Paraguay, la CIDH recomendó que Guatemala diera a las comunidades indígenas “los medios... para mejorar [sus] condiciones de sanidad ambiental, incluyendo servicios de agua potable y desagües³⁵”.

y tribales, protegidos conforme a los instrumentos interamericanos de derechos humanos, abarca el estrecho vínculo de los recursos naturales ligados a su cultura que están presentes en sus territorios, así como los elementos incorporales que se derivan de tales recursos. [CIDH, Informe de seguimiento: Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Documento OEA/Ser.LV/II.135, doc. 40, 7 de agosto de 2009, § 156.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 148. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena yakiye axa vs. Paraguay. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 17 de junio de 2005. Serie C, N.º 125, § 137. [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso comunidad indígena sawhoymaka vs. Paraguay. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 29 de marzo de 2006. Serie C, N.º 146, § 118.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo saramaka vs. Suriname (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N.º 172, §§ 120 y 121. Esto corresponde a la noción de territorialidad indígena planteada en el Convenio N.º 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la cual se indica que el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas abarca los recursos naturales que los pueblos indígenas usan como parte de su economía tradicional o que tienen usos culturales, espirituales o ceremoniales.

29 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, OEA/Ser.LV/II.96 doc. 10 rev. 1, 24 de abril de 1997, capítulos 8 y 9.

30 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.LV/II.110, Doc. 52. 9 de marzo de 2001.

31 *Ibid.*, capítulo IX, § 43.

32 *Ibid.*, § 36.

33 *Ibid.*, § 35.

34 *Ibid.*, § 4.

35 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 2001, § 66, recomendación 6.

En su informe de 2007 sobre el estado de los derechos humanos en Bolivia³⁶, en el que se evaluó la situación de los pueblos y comunidades indígenas afectadas por los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios ancestrales, la CIDH presentó dos ejemplos de impactos ambientales sobre los derechos humanos. En primer lugar, la fuerte contaminación del río Pilcomayo con desechos tóxicos afectaba a los pueblos indígenas debido a que ello disminuía sus actividades agrícolas, piscícolas y otras, además de que afectaba la salud de las personas que, por necesidad, seguían consumiendo alimentos contaminados: una situación de especial vulnerabilidad para niños, niñas y mujeres embarazadas. En segundo lugar, la contaminación de los arroyos y otros cuerpos de agua en el Bosque Seco Chiquitano originada por los desechos de un gasoducto lateral a Brasil ha afectado gravemente al territorio ancestral de los pueblos indígenas chiquitanos. En relación con los dos casos, la CIDH recordó al Estado que “el derecho a una vida en condiciones dignas se encuentra incluido en la Convención Americana³⁷ y que cuando tenga conocimiento de la grave situación que están padeciendo las personas que viven en zonas aledañas a ríos y quebradas contaminadas como consecuencia de los proyectos de explotación de recursos, es su deber adoptar todas las medidas que tenga a su alcance para mitigar los daños que se están produciendo en el marco de las concesiones por él otorgadas, así como imponer las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las normas ambientales y/o penales respectivas.

En consecuencia, la CIDH recomendó al Estado que [E]n el marco de los proyectos que se encuentran en curso, implemente mecanismos de participación a efectos de determinar los daños ambientales que se están causando y las afectaciones a las actividades básicas de subsistencia de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas que viven en los lugares de ejecución de dichos proyectos. Esto con la finalidad de que, en caso de afectaciones a su vida y/o integridad personal, se suspenda inmediatamente la ejecución de los proyectos y se impongan las sanciones administrativas y penales correspondientes. En caso de dar continuidad a los proyectos, el Estado debe garantizar la participación de los afectados en los beneficios derivados de los mismos y determinar y hacer efectivas las indemnizaciones por tales daños³⁸.

En lo que respecta a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre los recursos naturales, las autoridades del Estado no pueden anularlos ni alterarlos por medios legales sin haber consultado plenamente a tales pueblos. Asimismo, es necesario cumplir con los requerimientos generales establecidos para la expropiación y otras garantías a fin de garantizar un entorno acorde con los derechos humanos básicos. La CIDH ha explicado que el derecho a la vida, protegido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se limita a la protección contra asesinatos arbitrarios. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han encontrado violaciones derivadas de problemas creados por proyectos de desarrollo industrial, incluidas violaciones del derecho a la vida, a la propiedad³⁹ y otros derechos humanos⁴⁰.

En particular, la Corte Interamericana ha señalado que el hecho de reconocer y hacer valer los derechos de los indígenas a la tierra produce las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso a agua limpia [que] impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural⁴¹.

36 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser.LV/II. Doc. 34, 29 de junio de 2007.

37 *Ibid.*, § 253.

38 *Ibid.*, § 297, recomendación 6.

39 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Awás Tingni vs. Nicaragua. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(K).

40 CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Awás Tingni vs. Nicaragua. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua. (fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 79, § 140(O). Véase también CIDH Informe de seguimiento, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia. Documento OEA/Ser.LV/II.135, doc. 40, 7 de agosto de 2009, § 158.

41 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.LV/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cidh.org>. 445.

En su sentencia sobre el *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname*, la Corte explicó en detalle las garantías de propiedad de que gozan los pueblos indígenas⁴². Al igual que en los casos anteriores, este se refería a reclamaciones sobre tierras y recursos derivados de concesiones otorgadas por el Estado para la exploración y extracción de recursos naturales. La Corte llegó a la conclusión de que los recursos relacionados con la agricultura, la caza y la pesca están protegidos por ser actividades de subsistencia, pero también consideró el impacto en los recursos de subsistencia de otras actividades. La Corte trató de establecer un equilibrio. Señaló que el agua potable es esencial para la pesca como actividad de subsistencia y que la calidad del agua podría verse afectada por la extracción de recursos no utilizados tradicionalmente o esenciales para la supervivencia de los saramakas. De hecho, todas las actividades extractivas pueden afectar el uso y disfrute de otros recursos necesarios para la población. Sin embargo, la Corte afirmó que la protección del derecho a la propiedad no es absoluta y que en su aplicación no se pueden prohibir todas las concesiones de exploración y extracción en el territorio saramaka. En el artículo 21 se prevé la limitación de los derechos de propiedad bajo ciertas circunstancias, pero incluso en los casos en que el Estado cumpla con las condiciones establecidas en dicho artículo, la Corte evaluará y considerará seriamente la cuestión de "si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres [de los pueblos indígenas y tribales] de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes"⁴³.

La Corte estableció tres garantías que consideró esenciales: (1) el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción... que se lleve a cabo dentro del territorio saramaka; (2) el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio, y (3) el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Cabe destacar que estos requisitos son similares a las Directrices de Bonn sobre acceso a los recursos genéticos y distribución justa y equitativa de los beneficios provenientes de su utilización, adoptadas de conformidad con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aunque la Corte no las cita directamente. La Corte considera que la participación en los beneficios es inherente al derecho a la indemnización reconocido en el artículo 21(2) de la Convención Americana⁴⁴. Este derecho a una indemnización abarca cualquier privación del uso y goce común de los bienes.

El primer deber obliga al Estado a compilar y difundir información e implica consultas continuas de buena fe, mediante procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de llegar a un acuerdo. Al aplicar sus pruebas, la Corte consideró que las concesiones otorgadas por el Estado no cumplían con las salvaguardas necesarias y que con ello se violaban los derechos del pueblo saramaka a la propiedad. La Corte ordenó la demarcación de las tierras saramakas en un periodo determinado y la abstención del uso del territorio hasta que se hiciera la demarcación (a menos que los saramakas dieran su consentimiento previo); revisión de todas las concesiones ya otorgadas; evaluaciones del impacto ambiental (EIA) antes de otorgar nuevas concesiones, y la adopción de medidas necesarias para garantizar la consulta con los saramakas y una reparación adecuada. La Corte concedió una indemnización por los recursos ya retirados, así como US\$600.000 por el daño ambiental

42. *Caso del pueblo saramaka vs. Suriname*, sentencia del 26 de noviembre de 2007 [en lo sucesivo *Caso saramaka*].

43. *Ibid.*, § 128.

44. El artículo 21(2) establece que [N]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.



Foto: OCHA/UNICEF

y la destrucción de recursos que había ocurrido. El dinero iría a un fondo de desarrollo comunitario creado y establecido por el Gobierno de Suriname para beneficio de los saramakas.

En un reciente informe temático extenso, la Comisión Interamericana compiló las normas y jurisprudencia del sistema interamericano relativas a los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y los recursos naturales⁴⁵. Tal como se indica en el mencionado informe, el derecho a la propiedad garantizado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene singular importancia para los pueblos indígenas y tribales, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que abarca el uso y goce de sus recursos naturales. Está directamente relacionado con, e incluso es un requisito previo para, el goce de los derechos a una existencia en condiciones de dignidad, incluidos los alimentos, el agua, la salud, la vida, el honor, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación, los derechos de la familia y la libertad de movimiento y residencia.

Los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie de la Tierra y sobre los recursos naturales que se encuentran en la superficie y en el subsuelo, con el debido respeto de las especificidades del agua y de los recursos del subsuelo. Considerados en su conjunto, las tierras y los recursos naturales que los contienen constituyen el concepto jurídico de "territorio".

En la medida en que los pueblos indígenas y tribales tengan derechos de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus territorios ancestrales, los Estados deben adoptar medidas eficaces para garantizar tales derechos. Tales medidas deben ser adecuadas para su plena protección, de acuerdo con el uso tradicional y patrones de ocupación. Por lo tanto, es necesario que tanto las autoridades estatales en general como los tribunales en particular reconozcan el derecho consuetudinario indígena para que los pueblos indígenas y tribales puedan reclamar sus derechos sobre los recursos naturales, y para que se reconozcan sus posesiones ancestrales. En caso de que el Estado no adopte tales medidas, estaría violando los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.

En su informe sobre territorios, la CIDH confirmó que los Estados tienen la obligación de prevenir daños al medio ambiente en territorios indígenas o tribales que afectarían el goce de sus derechos humanos. Para cumplir esta obligación es preciso adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro ecológico del hábitat de las comunidades indígenas como consecuencia de las actividades extractivas, ganaderas, agrícolas, madereras y otras actividades económicas, así como de los proyectos de infraestructura (dado que ese deterioro reduce sus capacidades y estrategias tradicionales en términos de alimentos, agua y actividades económicas, espirituales o culturales). Al adoptar estas medidas, los Estados deben poner "especial énfasis en la protección de los bosques y las aguas, elementos básicos para su salud y supervivencia como comunidades." En otras palabras, los Estados deben asegurarse de "que los proyectos de desarrollo importantes que se lleven a cabo en las tierras indígenas, en zonas de poblaciones indígenas o en sus cercanías, previo cumplimiento de los requisitos y autorizaciones de ley, no causen daños irreparables a la identidad y los derechos religiosos, económicos o culturales de las comunidades indígenas"⁴⁶. Esto también se aplica a los proyectos de explotación de recursos naturales.

En términos más específicos, la CIDH ha solicitado que los Estados establezcan salvaguardas y mecanismos adecuados para garantizar que las concesiones para la explotación de los recursos naturales no causen daños ambientales que afecten a las tierras o las comunidades indígenas. Los ha exhortado a "tomar medidas para evitar daños a las personas afectadas debido al comportamiento de los concesionarios y actores privados [y a] cerciorarse de que existan medidas de protección para que no ocurran incidentes de contaminación ambiental que amenacen la vida de los habitantes de los sectores en desarrollo". El cumplimiento de estos requisitos es obligatorio aun cuando las disposiciones constitucionales o legislativas nacionales reserven para el Estado la propiedad sobre los recursos vivos, el agua y el subsuelo en los territorios indígenas.

45. *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., Doc. 36/09, 30 de diciembre de 2009, disponible en <http://www.cidh.org>.

46. CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, Doc. OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.9 rev.1, 26 de febrero de 1999, capítulo X, recomendación 5.



Michelle Z. Osborne

Conclusiones y recomendaciones

Existe una serie de medidas que pueden ser útiles para hacer frente a la crisis medioambiental desde una perspectiva de derechos humanos:

1. Integrar los derechos humanos en las decisiones en materia de desarrollo, reconociendo la indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos humanos.
2. Involucrar a las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo en los procesos decisivos como participantes activos desde el principio.
3. Adoptar procedimientos más democráticos y transparentes acordes con los derechos humanos.
4. Promover la responsabilidad y el fomento de capacidades.
5. Armonizar los aspectos prácticos y operativos de los derechos humanos y el desarrollo sin comprometer los valores esenciales de cada área.
6. Reconocer los derechos humanos como fines en sí mismos aun cuando sea imposible hacer una evaluación meticulosa del progreso.
7. Incluir como parte de los acuerdos de inversión y de licencias para proyectos de desarrollo las "Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares", haciéndolas así jurídicamente vinculantes⁴⁷.

47 Convenio sobre la Diversidad Biológica COP-7 (Kuala Lumpur, del 9 al 20 de febrero de 2004), decisión VIII/16, ver "Directrices Akwé Kon": <http://www.cbd.int/doc/publications/akwe-brochure-es.pdf>

2. EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LAS MINORÍAS NACIONALES: UNA MIRADA DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO

Oswaldo Ruiz Chiriboga*

[N]o se percibe cómo una civilización podría esperar beneficiarse del estilo de vida de otra, a menos que renuncie a ser ella misma⁴⁸.

Reafirmando que la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias⁴⁹.

La cultura ha dejado de ser únicamente una acumulación de las obras y conocimientos que produce una sociedad determinada y no se limita al acceso a los bienes culturales, sino que es a la vez una exigencia de un modo de vida, que abarca también el sistema educativo, los medios de difusión, las industrias culturales y el derecho a la información⁵⁰. Por su parte, la cultura tradicional y popular fue definida por la UNESCO en la Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) como el conjunto de creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos y que reconocidamente responden a las expectativas de la comunidad en cuanto expresión de su identidad cultural y social; las normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación o de otras maneras. Sus formas comprenden, entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes.

En el Preámbulo de la mencionada Recomendación se afirma que la cultura tradicional o popular "forma parte del patrimonio universal de la humanidad y que es un poderoso medio de acercamiento entre los pueblos y grupos sociales existentes y de afirmación de su identidad cultural". La diversidad cultural se refiere "a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades"⁵¹. Esta diversidad cultural "es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos [y] constituye el patrimonio común de la humanidad [que] debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras"⁵².

En este sentido, los Estados están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar "políticas que favorezcan] la inclusión y la participación de todos los ciudadanos [para que así se] garantice la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz"⁵³. Por ello, "el pluralismo cultural constituye la respuesta política al hecho de la diversidad cultural"⁵⁴. La identidad cultural, por su parte, ha sido conceptualizada como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser

* Abogado ecuatoriano, fue abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Candidato a Doctor en la Universidad de Gent, Bélgica

48 C. Lévi-Strauss, "Raza e historia" en Raza y cultura, Ediciones Cátedra, Madrid, [1952], 2000, Pág. 96.

49 Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural

50 UNESCO, Recomendación relativa a la participación y la contribución de las masas populares en la vida cultural (26 de noviembre de 1976), en Janusz Symonides, "Derechos culturales: una categoría desatendida de derechos humanos", Revista Internacional de Ciencias Sociales, n. 158, diciembre, 1998, disponible en <<http://www.unesco.org/isej/ncs/158/itilepage158sp3.html>>, consultado el 12 de agosto de 2006.

51 Unesco, Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, Art. 4.1, 2005.

52 Unesco, Declaración Universal de las Naciones sobre la diversidad cultural, 2001, Art. 1.

53 Ibid., Art. 2.

54 Ibid., Art. 2 - subrayado fuera del original.

reconocido; implica las libertades inherentes a la dignidad de la persona e integra, en un proceso permanente, la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto⁵⁵. Es una "representación intersubjetiva que orienta el modo de sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo".⁵⁶ Parte integrante de la identidad cultural es el patrimonio cultural, el cual debe ser entendido como "todo lo que forma parte de la identidad característica de un pueblo, que puede compartir, si lo desea, con otros pueblos".⁵⁷ El patrimonio cultural se subdivide en patrimonio tangible e intangible. El primero corresponde a "[l]os bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos"⁵⁸; mientras que el segundo abarca a los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana⁵⁹.

Se incluyen en él las tradiciones y expresiones orales, las costumbres y las lenguas; las artes del espectáculo, como la música, el teatro, los bailes, las fiestas y la danza; los usos sociales y rituales; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo, como la medicina tradicional y la farmacopea; las artes culinarias, el derecho consuetudinario, la vestimenta, la filosofía, los valores, el código ético y todas las demás habilidades especiales relacionadas con los aspectos materiales de la cultura, tales como las herramientas y el hábitat⁶⁰. De todo lo anterior podemos concluir que el derecho a la identidad cultural (en adelante DIC) básicamente consiste en el derecho de todo grupo étnico cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella. No obstante, la identidad cultural de un grupo no es estática y tiene una conformación heterogénea. La identidad fluye y tiene un proceso de reconstrucción y revalorización dinámico que se produce tanto por las continuas discusiones a nivel interno, como por el contacto e influencia que se tenga con otras culturas. Dentro de cada grupo étnico-cultural se confunden subgrupos (ancianos, mujeres, jóvenes, personas con discapacidad) que continuamente retoman, readaptan o rechazan ciertos rasgos y tradicionales culturales de su grupo, todo lo cual "es parte integral de los procesos de reorganización étnica que hacen posible su persistencia"⁶¹. Del mismo modo, al entrar en contacto con otras culturas los grupos culturales toman ciertas prácticas o rasgos de la cultura ajena y los incorporan a su propia identidad⁶².

En tal sentido, el DIC también consiste en el cambio, la adaptación y la toma de elementos culturales de otras culturas y pueblos, en la inteligencia de que todo esto se haga de manera voluntaria, libre e informada por parte del grupo. Impedir o dificultar el acceso a estos mecanismos podría llevar al grupo al estancamiento y a la exclusión, poniéndose en peligro su supervivencia física y cultural. Es por esto que algunos autores sostienen que el fortalecimiento de la identidad cultural no tiene como único objetivo conservar a las culturas, sino



B. Torres

impulsar el despliegue de sus potencialidades en el presente y en el futuro, permitir el ejercicio de los derechos culturales, establecer canales más justos de diálogo y participación en la toma de decisiones, y evitar procesos de interacción avasalladores entre culturas diferentes⁶³.

Asimismo, debe resaltarse que por su propia naturaleza el DIC es un derecho autónomo, dotado de singularidad propia (al menos conceptualmente), pero a la vez, es un "derecho síntesis", que abarca (y transversaliza) tanto derechos individuales como colectivos, requiere de la realización y efectivo ejercicio de todos los derechos humanos y, a la inversa, de su realización depende la vigencia de muchos otros derechos humanos internacionalmente protegidos⁶⁴.

En cuanto al sujeto del derecho, la Corte Constitucional colombiana (en adelante CCC) reconoció que el DIC "se proyecta en dos dimensiones [:] Una colectiva y otra individual", pero, según la Corte, el sujeto del derecho es la comunidad dotada de singularidad propia. Lo cual no se deben garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece". "Lo anterior (agrega la Corte) comprende dos tipos de protección a la identidad cultural [,] una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad (Sentencia T-778/05)"⁶⁵.

Distinto es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), que aún cuando ha interpretado las dimensiones sociales de ciertos derechos humanos individualmente consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH)⁶⁶, declara la violación de los mismos únicamente en perjuicio de los "miembros de la comunidad" y no de la comunidad como tal. Lo anterior se debe a la disposición consagrada en el artículo 1.2 de la CADH,⁶⁷ "que aclara la connotación que ese instrumento internacional maneja acerca del concepto de 'persona': El ser humano, el individuo, como titular de derechos y libertades"⁶⁸.

63 L. Villapoto Herrera, "Indígenas modernos. La identidad cultural frente a la interculturalidad y la globalización", en Encuentro Sudamericano-Guatemala. Sociedades en transición, experiencias en salud mental, niñez, violencia y post conflicto, ECAIP, Guatemala, 1ra. Ed., 2001.

64 Al respecto, el Art. 4 de la Declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad cultural dispone que "[l]a defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana. Ella supone el compromiso de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos autóctonos". En el mismo sentido, la CIDH consideró que "para que un grupo étnico pueda subsistir preservando sus valores culturales, es fundamental que sus componentes puedan gozar de todos los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues de esta forma se garantiza su efectivo funcionamiento como grupo, lo cual incluye la preservación de una identidad cultural propia". (Informe sobre la población nicaragüense de origen miskito, Párr. 14). Finalmente, el artículo 2.1 de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Unesco, 2005) dispone: "Solo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los derechos humanos y las libertades fundamentales".

65 En un caso sobre la exención de los indígenas al servicio militar, el Tribunal colombiano sentenció que para efectos del servicio militar "no se protege al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica". La Corte destacó que la finalidad de la exención era "proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas" (Sentencia C-058/95).

66 Véase por ejemplo la dimensión social del derecho a la libertad de expresión en Corte IDH Caso Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C n. 111, Párr. 77; Caso Herrera Lilloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C n. 107, Párr. 108, y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, Serie C n. 84, Párr. 146; y la dimensión colectiva de la libertad de asociación en Corte IDH Caso Huitca Tecse vs. Perú, Sentencia de 03 de marzo de 2005, Serie C n. 121, Párr. 69.

67 CADH: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", Art. 1.2.

68 Caso Yatama vs. Nicaragua, Voto Juez García Ramírez, Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n. 127, Párr. 6.

55 Draft Declaration on Cultural Rights, 1998, Art. 1.

56 Villoro citado en A. Donoso Romo, "Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe", en Revista Yachaykuna. Instituto Científico de Culturas Indígenas, 2004, n. 5, Quito, Págs. 6-35, disponible en <http://ocii.nativeweb.org/yachaykuna/>, consultado el 17 de agosto de 2005.

57 E. J. Daes, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, Párr. 24.

58 Convención sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, 1954, Art. 1.

59 Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, 2003, Art. 2.1.

60 Véase al respecto, Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989) y Convención para la Salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (2003).

61 W. Assies, "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina", en Assies, Willem, van der Haar, Gemma y Hoekema, André, El reto de la diversidad, Colegio de Michoacán, México, 1999, Págs. 26.

62 Al respecto, deben tenerse en cuenta las advertencias de Lévi-Strauss (Strauss, "Raza y cultura" en Raza y cultura, Ediciones Cátedra, Madrid, [1983] 2000, Págs. 105-142) en el sentido de que cada cultura debe poner cierta resistencia al intercambio con otras culturas, pues de lo contrario muy pronto dejaría de tener nada de sí misma que intercambiar.



Personalmente considero que habría que reformular la interpretación del artículo en mención a efectos de aceptar a la comunidad como titular del derecho. El fin que motivó la adopción de este artículo fue impedir que cualquier individuo sea excluido de la protección de la CADH argumentándose que no ostenta el carácter de persona; situación esta que nada tiene que ver con la concepción comunal de los derechos que los grupos étnico-culturales tienen, que más bien da sustento y contenido a los derechos individuales.

Además, debemos considerar que esta concepción limitativa del artículo 1.2 de la CADH presenta una serie de dificultades prácticas en el litigio de los derechos de los grupos étnico-culturales ante los órganos del Sistema Interamericano. Por ejemplo, es necesario individualizar y listar a todos los miembros de la comunidad previo al sometimiento de

un caso (carga procesal que recae en las propias víctimas o sus representantes); listado que nunca será definitivo por los matrimonios, defunciones, nacimientos, movilizaciones y demás, que a diario se producen en el seno de la comunidad, lo que vuelve a la individualización difícil, costosa y a la larga inútil. Asimismo, la individualización de las víctimas puede ir en contra de la cultura de éstas, ya que por ejemplo, no se cuentan entre los "miembros" a los ancestros y las generaciones futuras, que algunos pueblos consideran como integrantes de sus comunidades. Otro problema que se presenta es que sólo se consideran víctimas de la violación del derecho individual a quienes aparecen listados⁶⁹, dejándose por fuera a quienes por cualquier razón no aparecen en esa lista.

Finalmente, la individualización también resulta inútil por el tipo de reparaciones que se pretenden obtener. Por ejemplo, la Comunidad indígena Yaky Axa tuvo que individualizar a sus miembros, para posteriormente obtener de la Corte IDH el reconocimiento de su derecho a la propiedad comunal, lo cual hubiera sido perfectamente factible sin necesidad de la individualización. En suma, la individualización de los miembros de una comunidad no resulta adecuada, útil ni justa. Ahora bien, el principal garante del DIC, así como de cualquier otro derecho humano, es el Estado dentro del cual se encuentra el respectivo grupo étnico-cultural. No obstante, dado que la diversidad cultural "constituye el patrimonio común de la humanidad"⁷⁰, la comunidad internacional también tiene responsabilidad en su protección. Esto ha quedado evidenciado, por ejemplo, con la adopción de la Convención de la Haya para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (1954) y sus dos Protocolos, y la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural (1972). De igual forma, ha crecido la preocupación respecto a terceros ajenos a las autoridades estatales que se encuentran en control o posesión de bienes importantes para la identidad de una cultura. Al respecto, en el marco de la 31ª Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París (2001), el Director General sugirió adoptar una declaración en la que se señale que "[l]as autoridades que controlen efectivamente un territorio, sean o no reconocidas por los Estados de la comunidad internacional, así como las personas e instituciones que controlen temporalmente o a largo plazo sitios culturales importantes y bienes culturales muebles, son responsables de su protección".

A efectos del presente trabajo, nos concentraremos en las obligaciones del Estado, cuyo incumplimiento, por acción u omisión, le acarreen responsabilidad internacional. Para ello es necesario recordar que [e]s un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de las Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder,

69 Esto ha forzado a la Corte IDH a "dejar la puerta abierta" para que otros miembros de la comunidad puedan ser individualizados en el futuro.

70 Declaración Universal de la Unesco sobre la diversidad cultural, Art. 1.

órgano o agente estatal), independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, [...] un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación⁷¹. No obstante, no puede exigirse al Estado que proteja y promueva la identidad cultural de todos los grupos que se encuentran en sus territorios. Este derecho únicamente recae en los grupos étnico culturales. Quedan por fuera, por ejemplo, los grupos inmigrantes. La razón de esta separación la brinda Kymlicka⁷², quien sostiene que mientras las minorías nacionales y los pueblos indígenas mantienen el deseo de seguir siendo sociedades distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte, a la que han sido incorporados muchas veces en contra de su voluntad, y exigen, por tanto, diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como grupo, los inmigrantes, además de estar generalmente dispersos, han salido de sus respectivas culturas de una manera voluntaria⁷³, y por ende, han renunciado a parte de su cultura. "Si bien a menudo pretenden obtener un mayor reconocimiento de su identidad étnica, su objetivo no es convertirse en una nación separada y autogobernada paralela a la sociedad de la que forman parte, sino modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales"⁷⁴. En suma, mientras que para los primeros se aplica el derecho a la identidad cultural y, consecuentemente, el derecho a ser diferentes, para los segundos deben buscarse términos de integración más justos, aún cuando se les permita mantener, a manera de beneficio, ciertos rasgos de su propia cultura.

Sintetizando todo lo anterior concluimos que el DIC es el derecho de los pueblos indígenas y las minorías nacionales, así como de sus miembros, a conservar, adaptar e incluso cambiar voluntariamente la propia cultura; abarca todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, de los cuales depende y a la vez da sentido, y merece la protección de los particulares, la comunidad internacional y, sobre todo, del Estado.

2.1 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como mencioné anteriormente, el enfoque principal de este artículo es la protección del DIC desde el ámbito del Sistema Interamericano de derechos humanos, compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, organismos que se encargan principalmente de la aplicación e interpretación de la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH). Una de las razones que caracterizan y a la vez revelan la importancia del SIDH es la posibilidad que tiene de recibir peticiones o denuncias por la violación de derechos humanos de personas o grupos de personas. Como veremos, muchas comunidades indígenas han logrado la protección de los órganos del Sistema y el reconocimiento de las violaciones que se han producido en su contra. No obstante, el Sistema tiene todavía el limitante de no poseer un instrumento vinculante específico que consagre los derechos diferenciados de los grupos étnico-culturales.

Los derechos que hacen referencia directa a la cultura están consagrados en el Artículo XIII de la DADDH y en el Artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

71 Corte IDH. Caso de 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 12 de junio de 2002, Serie C n.93, Párr. 140.

72 W. Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996.

73 El autor citado reconoce que existen casos como el de los refugiados, que han salido involuntariamente de sus países de origen. Al respecto, señala que "lo mejor que los refugiados pueden esperar, siendo realistas, es ser tratados como inmigrantes [...] Esto significa que, a largo plazo, los refugiados son víctimas de una injusticia, puesto que no renunciaron voluntariamente a sus derechos nacionales. Pero esta injusticia fue cometida por el gobierno de su país, y no está claro que podamos pedir, de una manera realista, que sean los gobiernos huéspedes quienes la reparen" (W. Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, p.140).

74 W.Kymlicka, op. cit., p. 26.

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (en adelante PSS). Estos dos instrumentos presentan algunas dificultades en el litigio internacional de los derechos culturales. En primer lugar, la Corte IDH no está facultada para aplicar directamente la DADDH dentro de su competencia contenciosa⁷⁵. En segundo lugar, el PSS no otorga competencia ni la CIDH ni la Corte IDH para conocer casos contenciosos por la violación de los derechos económicos, sociales y culturales que consagra, salvo el derecho a la educación y el derecho a la libertad sindical⁷⁶. Por ello, necesitamos circunscribirnos a lo dispuesto por la CADH. En el siguiente apartado trataremos de esbozar algunas ideas sobre cómo utilizar este tratado para proteger el DIC.

2.2 La interpretación de la CADH

Las reglas de interpretación de la CADH están contenidas en el artículo 29 de la misma, el cual dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
 • *Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
 • *Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.*
Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
 • *Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Los principios de interpretación consagrados en este artículo, así como los establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), permiten a los órganos del SIDH hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, puesta que "los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"*⁷⁷.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que: *El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo*⁷⁸.

Debe tenerse en cuenta, además, que la formulación y el alcance de los derechos debe interpretarse de una manera amplia, mientras que las restricciones a los mismos requieren una interpretación restrictiva. Particular importancia tiene el literal (b) del artículo 29 de la CADH, que ha sido interpretado por la Corte IDH en el sentido que *si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce*⁷⁹.

⁷⁵ Aunque puede utilizarse para interpretar los derechos consagrados en la CADH (tratado sobre el cual tiene plena competencia).
⁷⁶ Véase el artículo 19.6 del PSS. No obstante, existen ciertas estrategias de litigio, como las que aborda Meliss (T. Meliss, La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de Casos, Orville H. Sobel, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School, Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.), que por razones de espacio no serán tratadas.
⁷⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114.
⁷⁸ Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 120.
⁷⁹ Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal ha considerado útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la CADH para interpretar sus disposiciones en el momento actual, habida consideración de la evolución experimentada en el derecho internacional de los derechos humanos⁸⁰. Asimismo, la interpretación de las normas contenidas en la CADH también debe contar con los aportes que brinda la jurisprudencia interna de los Estados parte del SIDH, especialmente en casos sobre los derechos de los grupos étnico culturales, aún en gestación en el ámbito internacional, pero con un desarrollo más amplio en la legislación y jurisprudencia internas.

Finalmente, la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones también constituye, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, medios auxiliares para el derecho internacional y fuente para la interpretación de la CADH. La Corte IDH y la CIDH no pueden dejar de incorporar estos avances, ya que sólo así se dará pleno sentido a los derechos que velan, y se permitirá que el régimen de protección de los derechos humanos adquiera todo su efecto útil. En palabras de Medina⁸¹: *Los aportes nacionales e internacionales en materia de derechos humanos se vierten en un crisol, donde se produce una sinergia como resultado del cual los derechos humanos reaparecen ampliados y perfeccionados. Es allí, a ese crisol, donde los intérpretes de las normas de derechos humanos deben acudir para realizar su tarea. Sobre la base de todo lo anterior, pasemos a analizar la CADH para construir en su articulado la protección del DIC de los grupos étnico-culturales.*

2.3 El DIC en la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El DIC no está expresamente consagrado en la CADH, sino que requiere de una construcción a partir de los derechos que este cuerpo normativo consagra. Un primer intento de construcción del DIC constituye el Voto Parcialmente Disidente del Juez Abreu Burelli en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay:

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos

1.1 [obligación de respetar los derechos], 5 [derecho a la integridad personal], 11 [protección de la honra y de la dignidad], 12 [libertad de conciencia y de religión], 13 [libertad de pensamiento y de expresión], 15 [derecho de reunión], 16 [libertad de asociación], 17 [protección a la familia], 18 [derecho al nombre], 21 [derecho a la propiedad privada], 23 [derechos políticos] y 24 [igualdad ante la ley] del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.

A este listado me permitiría agregar los derechos consagrados en los artículos 8 (garantías judiciales) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) del mismo instrumento.

*El derecho a la integridad personal Hay veces que no se puede con nada, pero de todas modos atiendo a mis pacientes por consideración, porque ellos lloran conmigo cuando no tienen dinero para curarse y viéndolos tristes les cura con todo mi corazón*⁸².

⁸⁰ En especial, la Corte IDH ha utilizado Convenio n. 169 de la OIT (Casos Yatama vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay y Molwana vs. Suriname), la Convención sobre los derechos del niño (Casos Villagrán Morales y otros vs. Guatemala y Gomez Paquiyauri vs. Perú), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Casos Tibi vs. Ecuador e Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay), entre otros instrumentos internacionales que no forman parte del SIDH.
⁸¹ C. Medina Quiroga, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.
⁸² Galdino Hernández Castellanos, médico mixteco tradicional Disponible en <http://cdi.gob.mx/index.php?id_seccion=743>, consultado el 21 de septiembre de 2005.

El DIC se nutre de la protección que brinda el artículo 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH, según el cual la integridad personal abarca la integridad física, psíquica y moral. En cuanto a la integridad física, el artículo 5 de la CADH en conjunción con el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS se relacionan con el DIC en cuanto comprenden el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a conservar, utilizar y proteger sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales, y exigir que los servicios de salud públicos sean apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, que no se les impongan tratamientos ajenos a su cultura sin su debido consentimiento libre e informado y se tenga en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. En lo que respecta a la integridad psíquica y moral conviene referirse a la sentencia de la Corte IDH en el caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, relativo a la masacre de 39 de sus miembros en el marco de un operativo militar en 1986. Las investigaciones llevadas a cabo por la justicia estatal no dieron los resultados esperados y los crímenes aún permanecen en la impunidad. Según las costumbres de la Comunidad, si uno de sus miembros es ofendido, sus familiares están obligados a buscar justicia por la ofensa cometida. Si el ofendido ha muerto, se cree que su espíritu no podrá descansar hasta que se haga justicia⁸³.

Asimismo, debido a los hechos del caso, la Comunidad Moiwana no pudo honrar apropiadamente a sus seres fallecidos, lo que se considera una "transgresión moral profunda", que ofende a los ancestros y provoca "enfermedades de origen espiritual"⁸⁴. La Corte IDH tomó en cuenta lo anterior y consideró violentado el derecho a la integridad personal de los miembros de la Comunidad por la "indignación y vergüenza de haber sido abandonados por el sistema de justicia penal de Suriname [y porque] han debido sentir la ira de los familiares que murieron injustamente durante el ataque"⁸⁵.

Otro caso que resulta ejemplificativo es el de los Guarani-Kiowah, un pueblo de 26.000 miembros en el Estado de Matto Grosso do Sul en Brasil, en donde ocurrió un fenómeno continuado de suicidios, cuya proporción era 30 veces mayor al promedio nacional, a causa de la profunda depresión que sentían los indígenas por el despojo de sus territorios tradicionales⁸⁶.

Como puede observarse, para muchas comunidades indígenas el rompimiento de los lazos con los ancestros, la fragmentación de su relación con la tierra y sus recursos naturales y el abandono forzado de sus prácticas culturales les produce severos padecimientos que indudablemente afectan su derecho a la integridad psíquica y moral.

2.4 Libertad de conciencia y religión

[M]e proponéis cinco varones [...] que debo conocer. El primero es el Dios, Tres y Una que son cuatro, a quién llamáis Creador del Universo, ¿por ventura es el mismo que nosotros llamamos Pachacámac y Viracocha? [...] El segundo es el que decís 'Adón'; Padre de todos los otros hombres. Al tercero llamáis 'Jesucristo' (al que amontonaron todos los pecados) [...]

Al cuarto nombráis 'Papa'. El quinto es Carlos y es príncipe y señor de 'todo el mundo'. ¿Y entonces, este Carlos qué permiso puede requerir del Papa que no es mayor señor que él?⁸⁷ El párrafo arriba citado evidencia las contradicciones que Atahualpa descubría en el discurso que le estaba siendo impuesto por el representante de una religión diferente a la suya. Desde esta época hasta la actualidad se ha desarrollado un proceso de destrucción de las religiones indígenas y, consecuentemente, de su identidad cultural. Una forma de imposición simbólica del poder muy utilizada por los europeos en la invasión a América era la destrucción de los templos y lugares sagrados indígenas y la erección, en el mismo lugar, de grandes iglesias y catedrales. Con ello se pretendía

83 Sentencia de la Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 8 de febrero de 2006, Serie C n. 145, párr. 95.

84 *Ibid.*, párr. 99.

85 *Ibid.*, párr. 96.

86 CIDH, Informe sobre Brasil, 1997.

87 Atahualpa dirigiéndose al Cura Valverde a través del intérprete Felipillo, Graulasso de la Vega citado en Ruiz, 2004.

destruir los símbolos de las comunidades, su autoestima y su cultura, para convertirlas en concentraciones obreras-esclavas al servicio de sus verdugos.

La negación/eliminación de la religión desdibuja la percepción sobre los orígenes que cada pueblo tiene de sí mismo y su concepción sobre el mundo, se debilitan los lazos entre los miembros del grupo, se diluye la influencia de las autoridades tradicionales, y se facilita la apropiación de objetos o lugares sagrados. En un caso sometido ante la CCC⁸⁸ se denunciaba a la Comunidad Indígena de Yanacona, por haber impedido que ciertos integrantes de la Iglesia Pentecostal Unidad de Colombia (IPUC) efectuaran ritos religiosos dentro de la Comunidad. Los denunciantes alegaban la violación de su derecho a la libertad de conciencia y religión. La mayoría de los miembros de la Comunidad compartían el culto católico y sólo unos cuantos habían abrazado el culto evangélico que la IPUC pregona. Estos últimos habían empezado a desconocer a las leyes y autoridades tradicionales de la Comunidad. Al resolver la petición, la CCC señaló que la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho a la integridad étnica y cultural, en el sentido de que también es fundamental el derecho a la supervivencia cultural, por lo cual, si los miembros de la comunidad indígena que profesan la religión evangélica desconocen la autoridad del Cabildo y se niegan a continuar con las prácticas de producción y desarrollo comunitario establecidos, atentan contra la forma de vida que la autoridad indígena intenta preservar, toda vez que la extensión de sus creencias religiosas a otros campos de la vida social hacen evidente un conflicto y una ruptura de las relaciones pacíficas de los miembros del resguardo [...].

En esta dimensión, el ejercicio de la autonomía reconocida por la Carta hace que las autoridades indígenas tomen las medidas preventivas y correctivas – como en efecto ocurrió – frente al comentario incidente religioso, a fin de que el mismo no adquiera una trascendencia que tienda a desconocer los valores y la esencia de la cultura Yanacona. [...] El catolicismo ha sido asimilado y aceptado por la mayoría de los indígenas del resguardo porque no se opone a sus normas, a sus costumbres, a las formas de vida desarrolladas por ellos desde el año de 1700; ni tampoco se ha constituido en factor de desconocimiento de sus autoridades tradicionales. Lo que bajo el extremo contrario sí ha ocurrido con la propagación de la religión evangélica protestante. La veneración o admiración hacia la idea de Dios en un recogimiento y convicción individual, no puede transgredir el orden social que consensual y secularmente ha establecido la comunidad. Incluso, partiendo de la movilidad y vitalidad de la cual goza el desarrollo de cualquier colectivo social, es plenamente válido estimar un futuro posible donde el pensamiento de la IPUC sea reconocido por la mayoría Yanacona, pero, plegándose a la cultura e identidad del pueblo Yanacona y no a la inversa como se pretende en este caso. En otras palabras, los valores culturales, usos, costumbres y tradiciones de este pueblo, en la medida en que no son fijos ni inmutables pueden ser filtrados, conmovidos y transformados por las fuerzas evolutivas endógenas y exógenas, advirtiendo sí, que, colectivamente se puede ser un espíritu abierto a todas las posibilidades, siempre y cuando se preserve la identidad dinámica que constituye la piedra angular de la comunidad indígena⁸⁹.

Como puede observarse en esta extensa cita, se presentan las dos facetas del DIC. Por un lado, se reconoce que la Comunidad y sus miembros tienen el derecho a conservar su propia cultura, forma de organización y religión (amenazada por las prácticas religiosas evangélicas) y por otro lado, no se niega que el evangelismo podría ser aceptado y asimilado por la Comunidad si es que éste se pliega a la identidad de la misma y no a la inversa, tal como sucedió con el catolicismo, que fue adaptado e incorporado por la Comunidad a su identidad⁹⁰.

88 Sentencia T-1022/01.

89 *Ibid.*

90 Por ejemplo, la Virgen viste como una mujer de la Comunidad, tiene casa, ganado y bienes que son administrados por un indio, sale en las espaldas de sus fleeces a trabajar y "ella misma va a conseguir la plata para su fiesta" (CCC, Sentencia T-1022/01).



Por ello, la protección que brinda el artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH al DIC radica en el derecho de los grupos étnico-culturales y sus miembros a preservar, expresar, divulgar, desarrollar, enseñar y cambiar sus prácticas, ceremonias, tradiciones y costumbres espirituales, tanto en lo público como en lo privado. Involucra también el derecho que tienen a que no se realicen intentos de convertirlos forzadamente y no se impongan creencias contra su voluntad. Este artículo interpretado en conjunto con los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 22 (derecho de circulación y residencia) de la misma Convención, les otorga el derecho a mantener y acceder a sus lugares religiosos, sagrados y culturales, y a utilizar, vigilar y recuperar sus objetos de culto.

Finalmente, en conjunción con el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la CADH se les faculta a exigir al Estado las mismas posibilidades y beneficios que reciben las religiones mayoritarias, por ejemplo, el reconocimiento de los días feriados de sus religiones y la anuencia a que sus miembros, contratados por organismos públicos o privados, o internos en instituciones de salud y centros penales, asistan a sus ceremonias religiosas.

Libertad de expresión y derecho de rectificación Una de las pequeñas paradojas de la historia es que ningún imperio plurilingüe del viejo mundo se atrevió a ser tan despiadado como para imponer una única lengua a todo el conjunto de la población, algo que sí hace la república liberal, que defiende el principio de que todos los hombres han sido creados iguales⁹¹.

De conformidad con el artículo 13 de la CADH, la libertad de pensamiento y de expresión comprende el derecho "de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento". Este derecho puede interpretarse como la facultad de manifestar la propia cultura e identidad. Una de las principales formas de expresión de la cultura es el lenguaje, tanto es así que nuestros Estados liberales adoptaron por muchos años la consigna: Una sola nación, una sola lengua. Lo anterior significó la pérdida paulatina de los idiomas indígenas y el consiguiente menoscabo de las identidades culturales.

Del mismo modo, ⁹²la elección de una lengua como lengua nacional y oficial colocó necesariamente en situación de desventaja a aquellos cuya lengua materna no era la elegida, al tiempo que confirió un privilegio a quienes hablaban el idioma elegido⁹³.

La Corte IDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la protección que la libertad de expresión brinda al derecho a hablar la lengua materna en el Caso López Álvarez vs. Honduras. La víctima en este caso era un indígena garifuna que estaba detenido en un centro penitenciario hondureño. Las autoridades de tal centro prohibieron a todos los garifunas utilizar su lengua materna "por cuestiones de seguridad". La Corte IDH declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la igualdad del señor López, puesto que tal prohibición "afectaba su dignidad personal como miembro de la comunidad [garifuna]", ya que "el idioma materno representa un elemento de identidad".⁹⁴ Asimismo, la Corte consideró que la "lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura"⁹⁵.

Pero la libertad de expresarse no se reduce solamente a la palabra, el propio artículo 13 de la CADH habla de "formas artísticas" de expresión y deja abierto este derecho "a cualquier procedimiento" por el que una persona se expresa. Esto es de vital importancia para los pueblos indígenas, ya que "[s]i el hombre occidental piensa en palabras, el hombre indígena piensa en símbolos, actos y ritos"⁹⁶. En consecuencia, todas las formas por las cuales una cultura expresa su identidad son válidas y merecen la protección internacional.

91 Jonson citado en W. Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Buenos Aires, Paidós, 1995/1996, pag. 31.

92 J. Martínez Cobo, *Conclusiones, propuestas y recomendaciones del estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas*, Naciones Unidas, New York, 1987, Párr. 125.

93 Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C n. 141, Párr. 169.

94 *Ibid.*, Párr. 171.

95 N. Pacari, "Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida", en *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Judith Salgado comp., Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002.

Por otro lado, pienso que la protección del artículo 14 (derecho de rectificación) de la CADH radica en el derecho de los grupos étnico-culturales de corregir o solicitar la corrección de cualquier información inexacta o incorrecta sobre su cultura e historia, que aparezca en cualquier texto educativo, página electrónica, documento público o privado, publicación periodística, cinematográfica, de radio o televisión, e incluso en la historia oficial.

Derechos políticos Nosotras conocemos las leyes, para la buena salida se tiene que consultar a los pueblos indígenas⁹⁶. Según el artículo 23 de la CADH, los derechos políticos se dividen en tres grandes grupos: (a) La participación en la dirección de asuntos públicos, (b) el derecho a elegir y ser elegido en condiciones libres y democráticas, y (c) tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas del país. La garantía de estos derechos no depende exclusivamente de la expedición de normativa que los reconozca formalmente, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias que logren su real vigencia y ejercicio, y tomen en cuenta las particularidades propias de cada grupo poblacional.

En tal sentido, los Estados deben tener en cuenta que los pueblos indígenas necesitan un amplio grado de autodeterminación y control sobre su destino político para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y participar en todo tipo de decisión que les afecte (o pueda afectar) significa para los pueblos indígenas una forma de supervivencia cultural y requiere de medidas estatales necesarias para garantizar que esa participación sea significativa y efectiva. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (en adelante CERD) señaló que los Estados deben tomar las medidas necesarias para permitir que miembros de las comunidades indígenas sean electos en los comicios⁹⁷, puesto que las poblaciones indígenas tienen muy bajos índices de representación política⁹⁸ y no están en igualdad de posibilidades de participar en todos los niveles del poder⁹⁹.

De tal suerte, el CERD recomendó la creación de distintos mecanismos para coordinar y evaluar las diversas políticas de protección de los derechos de las comunidades indígenas, que permitan una real y adecuada participación en la vida pública de la nación¹⁰⁰. La falta de representación política ha tenido un efecto directo en las decisiones que se han tomado a nivel estatal respecto al uso y manejo de los recursos públicos. En efecto, una de las principales razones por las cuales los pueblos indígenas sufren de marginación y pobreza es justamente la violación de sus derechos de autodeterminación y participación política a nivel local, regional y nacional¹⁰¹. La participación directa de los pueblos indígenas en la dirección de asuntos públicos debe hacerse desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En un caso sometido a la Corte IDH, la organización indígena Yatama de la Costa Atlántica de Nicaragua reclamaba la violación de la CADH, entre otras razones, por la restricción legal de participar en las elecciones únicamente a través de partidos políticos. El Tribunal internacional consideró que la figura del partido político era ajena a los usos, costumbres y tradiciones de las organizaciones indígenas de ese país e implicaba "un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido" (Párr. 218)¹⁰². Asimismo, la Corte IDH dispuso que los requisitos para la participación política que sólo puedan ser cumplidos por los partidos, pero no por agrupaciones con diferente organización, entre ellas los pueblos indígenas, es contraria al derecho a la igualdad y a los derechos políticos, "en la medida en que limita[n], más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte[n] en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de asuntos públicos" (Párr. 220)¹⁰³.

96 Elebán López, líder comunitario, Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yaité Aya Vs. Paraguay, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C n. 125, Párr. 152.

97 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 50º período de sesiones, México, A/52/18, 1997, Párr. 319.

98 Asamblea General, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 52º período de sesiones, Nueva York, Panamá, A/52/18, 1997, Párr. 342.

99 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 46º período de sesiones, Guatemala, A/50/18, 1995, Párr. 305.

100 Asamblea General, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 51º período de sesiones, Nueva York, Colombia, A/51/18, 1996, Párr. 51.

101 Minority Rights, *Indigenous Peoples and Poverty: The Cases of Bolivia, Guatemala, Honduras and Nicaragua* <http://www.minorityrights.org/Dev/mrg_dev_illie12_LatinAmerica/mrg_dev_illie12_LatinAmerica_of.htm>, consultado el 22 de septiembre de 2005.

102 Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C n. 127.

103 *Ibid.* Algo similar sucedió en un caso sometido ante la CCC, en el que se alegaba que la exclusión por motivos de edad de una

En dicho caso también se discutió el tema de los distritos electorales. La Ley electoral nicaragüense disponía que toda agrupación política debía presentar candidatos en al menos 80% de las circunscripciones electorales municipales. De tal suerte, Yatama se vio forzada a presentar candidatos en municipios en los que no existía presencia indígena y con los cuales no tenían "ni vinculación ni interés" (Párr. 222)¹⁰⁴. La Corte IDH consideró esta exigencia como desproporcionada, "que limitó indebidamente la participación política" y que no tomó en cuenta que los indígenas no contarían con apoyo para presentar candidatos en ciertos municipios o no tendrían interés en buscar dicho apoyo (Párr. 223)¹⁰⁵. Para evitar lo anterior (y otros muchos problemas similares), pienso que los Estados deberían trazar las fronteras electorales de tal forma que las minorías étnico culturales constituyan una mayoría dentro de sus territorios. Varios pueblos indígenas además de estar divididos entre fronteras nacionales, se encuentran en distintas provincias, departamentos o municipios dentro de un mismo Estado, y en cada división son una minoría.

Algunos esfuerzos se han dado para evitar esto. Estados Unidos ha trazado circunscripciones (en ciertos casos un poco extrañas) con la sola finalidad de crear mayorías latino o afrodescendientes. La Corte Suprema de este país avaló estas circunscripciones "teniendo en cuenta la discriminación política que históricamente ha existido contra negros y México americanos [...] y de los efectos residuales de tal discriminación sobre esos grupos"¹⁰⁶. Otros países han reservado escaños para asegurar la representación en el parlamento de un grupo minoritario específico. Por ejemplo, Jordania, para los cristianos y circasianos; Pakistán, para las minorías no musulmanas; Nueva Zelanda, para los maoris; Colombia para los pueblos indígenas y afrodescendientes; Eslovenia, para los húngaros e italianos, entre otros. Además de lo anterior, debe garantizarse la representación de los grupos étnico culturales en todo organismo que pueda interpretar o modificar sus competencias o derechos. Al respecto, el CERD mostró preocupación por la insuficiente representación de los pueblos indígenas y las minorías en la policía, el sistema judicial y otras instituciones públicas argentinas¹⁰⁷.

Finalmente, la participación política de los pueblos indígenas y sus miembros no se agota con la representación (por designación o elección) en los organismos del Estado. Es claro que dicha representación (necesaria, desde luego) es, en mayor o menor medida, insuficiente para la protección de sus intereses y derechos. Por ello, los pueblos indígenas tienen, además, el derecho a que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado sobre todos los asuntos que sean de su interés; sólo de esta forma se les permitirá "hablar por sí mismos[...] participar en el proceso de toma de decisiones [...] y que su contribución, además, [sea] beneficiosa para el país en el que habitan"¹⁰⁸.

El CERD vinculó el derecho a la consulta al de participación política¹⁰⁹, e hizo un llamado a los Estados a fin de que "garanticen que los miembros de las poblaciones indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopta decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado"¹¹⁰. En el mismo sentido, la CCC señaló que el derecho a la consulta constituye "el medio a través del cual se protegerá [...] su integridad física y cultural"¹¹¹. En consecuencia, el DIC de los grupos étnico-culturales y sus miembros visto a través del artículo 23 (derechos políticos) de la CADH radica en el reconocimiento de su derecho a participar libremente en todos los niveles de adopción de decisiones en instituciones públicas responsables de políticas y programas que les conciernan; ser consultados cada vez que se prevean medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que puedan afectarles; decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, así como cualquier cuestión relacionada con sus asuntos internos; mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos y económicos, y mantener y desarrollar sus propias instituciones

candidata indígena era incompatible con la identidad cultural del pueblo indígena al que pertenecía, puesto que dentro de la cosmovisión del pueblo su edad era suficiente para ejercer sus derechos. Incluido el de representación política (Sentencia T-778/05).

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*

106 *White vs. Registrar* (412 U.S. 755), citado en CIDH, Informe anual, 1973.

107 CERD/C/65/CO/1, 10/12/2004, Párr. 17.

108 Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

109 *Botswana A/57/18*, 01/11/2002, Párr. 292-314.

110 Recomendación General XXII relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, A/52/18, 1997.

111 C-169-01.

de adopción de decisiones. En conjunción con el artículo 13 (libertad de pensamiento y expresión) de la CADH, se protege su derecho a recibir información oportuna, clara y veraz de todo aspecto que les concierna, a fin de que puedan pronunciarse individual o colectivamente.

2.5 Derecho a la propiedad

Mi pueblo venera cada rincón de esta tierra, cada brillante espina de pino, cada playa arenosa, cada nube de niebla en las sombrías selvas, cada calvero, cada insecto que zumba; en el pensamiento y práctica de mi pueblo, todas estas cosas son sagradas¹¹².



La tierra y los recursos naturales en ella existentes son la esencia misma de la identidad cultural de los pueblos indígenas y sus miembros, a tal punto que la Relatora Especial sobre poblaciones indígenas de la ONU indicó que "el concepto mismo de 'indígena' comprende la idea de una cultura y un estilo de vida distintos e independientes, basados en antiguos conocimientos y tradiciones, vinculados fundamentalmente a un territorio específico"¹¹³. La Relatora agregó que [l]a protección de la propiedad cultural e identidad, está fundamentalmente vinculada a la realización de los derechos territoriales y de la libre determinación de los pueblos indígenas. Los conocimientos tradicionales en cuanto a valores, autonomía o autogobierno, organización social, gestión de los ecosistemas, mantenimiento de la armonía entre los pueblos y respeto de la tierra están enraizados en las artes, las canciones, la poesía y la literatura que cada generación de niños indígenas debe aprender y renovar. Estas ricas y variadas expresiones de la identidad específica de cada pueblo indígena aportan la información necesaria para mantener, desarrollar y, de ser necesario, restablecer las sociedades indígenas en todos sus aspectos¹¹⁴.

Asimismo, en un informe posterior, la Relatora indicó que el deterioro gradual de las sociedades indígenas puede atribuirse a la falta de reconocimiento de su relación con sus tierras, aire, agua, los mares costeros, el hielo, la flora, la fauna y los demás recursos naturales vinculados a su cultura¹¹⁵. Muchos otros especialistas de los distintos organismos supranacionales (universales y regionales), así como diversos tratadistas y expertos han analizado extensamente las implicaciones que la tierra tiene para los pueblos indígenas. Por ello (y por la brevedad del presente trabajo), no trataremos en profundidad este tema. No obstante, revisaremos, por su importancia, algunas decisiones de los órganos del Sistema Interamericano.

La Corte IDH tuvo la posibilidad de conocer los casos de las comunidades *Awas Tingni vs. Nicaragua*, *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Moiwana vs. Suriname*, en los que reconoció la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y los recursos naturales, a los cuales calificó como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia económica, necesaria inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. A esta conclusión se llegó luego de la interpretación evolutiva del artículo 21 (derecho a la propiedad privada) de la CADH. La Corte, en los citados casos, consideró que este artículo no se refiere únicamente a la concepción civilista de propiedad, sino que también puede (y debe) interpretarse de

112 Citado en F. Zohra Ksentini, "Los derechos humanos y el medio ambiente", Informe de la Relatora Especial, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1994/9, 1994.

113 E. I. Daes, Estudio sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1993/28, 1993, Párr. 1.

114 *Ibid.*, Párr. 4.

115 E. I. Daes, Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/2000/ 25, 2000.

tal forma que se proteja la propiedad comunal de la tierra y los recursos naturales. Es más, en el caso *Yakye Axa* la Corte IDH interpretó que el artículo 21 de la CADH también salvaguarda “los elementos incorporales” que se desprendan de la relación de los indígenas con sus territorios, así como todo bien mueble u objeto, corporal o incorporal, susceptible de tener un valor (no sólo económico). Dentro de estas categorías entran básicamente todo el patrimonio cultural tangible e intangible de los pueblos indígenas.

Es así que podríamos interpretar que la protección que el artículo 21 de la CADH brinda al DIC comprende el derecho de éstos al uso y goce de sus bienes, tanto materiales como inmateriales, lo que implica el derecho a conservar, utilizar, controlar, reivindicar y proteger su patrimonio cultural material e inmaterial, así como todo tipo de producto o fruto de su actividad cultural e intelectual, sus procedimientos, tecnologías e instrumentos propios, así como los lugares en donde su cultura se expresa y desarrolla.

La protección del artículo 21 se vería reforzada por la del artículo 12 (libertad de conciencia y religión) de la CADH, si los bienes en referencia tuvieran un significado religioso o espiritual; y por la de los artículos 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y 10 (derecho a la salud) del PSS, si fueran utilizados, además, en prácticas curativas o en la medicina tradicional. Finalmente, si interpretamos el artículo 11 (protección de la honra y dignidad) de la CADH, que confiere el derecho a no sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada, en la familia y el domicilio, en conjunción con artículo 21 del mismo instrumento, podríamos concluir que los pueblos indígenas pueden rechazar la presencia en sus territorios de terceros ajenos a su comunidades, más aún si están tergiversando o afectando su cultura, identidad, forma de vida o recursos. A esta interpretación se sumarían los artículos 4 (derecho a la vida) y 5 (derecho a la integridad personal) de la CADH y el artículo 10 (derecho a la salud) del PSS, si la presencia de extraños estuviera poniendo en riesgo la salud y vida de los miembros de las comunidades¹¹⁶.

2.6 Garantías judiciales

*Nuestra producción se llama artesanía, y la de ustedes es industria.
Nuestra música es folclore y la de ustedes es arte.
Nuestras normas son costumbres y las de ustedes son derecho¹¹⁷.*

El artículo 8 (garantías judiciales) de la CADH consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal”, que consiste en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación formulada en su contra o para la determinación de sus derechos y obligaciones. Hasta el momento, la Corte IDH ha interpretado este artículo, en lo que a pueblos indígenas se refiere, señalado que “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres¹¹⁸”. No obstante, para efectos del presente estudio, interpretaremos el artículo 8 de la CADH de tal forma que se proteja el DIC de los indígenas a través del reconocimiento del derecho consuetudinario indígena.

El derecho es parte integrante de la cultura de los pueblos y elemento central de la identidad étnica, a tal punto que autores como Sierra¹¹⁹ llegan a afirmar que “un pueblo que ha perdido su derecho ha perdido parte importante de su identidad”. El derecho indígena comprende los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses¹²⁰. Téngase en cuenta, además, que las prácticas culturales

116 Por ejemplo, en 1976 se dio a conocer en Brasil que el 15% de la población Yanomami (15 mil indígenas) falleció a causa de enfermedades introducidas por los mineros, para las cuales no tenían defensas naturales (CIDH, Informe sobre Brasil, 1997).

117 Citado en O. Correas, “La Teoría General del derecho frente al derecho indígena” en *Crítica Jurídica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 14, 1994.

118 Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia 17 de Junio de 2005. Serie C n. 125, Párr. 63.

119 M.T. Sierra, “Autonomía y pluralismo jurídico: el debate mexicano”, en *América Indígena*, Instituto Indigenista Interamericano, Volumen LVIII, n. 1-2, México, 1998, Pág. 25.

120 R. Yrigoyen Fajardo, Raquel “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”, en *América*

indígenas (como el sistema de parentesco, las concepciones religiosas y el vínculo con la tierra) están presentes a la hora de administrar justicia.

La distracción de los indígenas de su derecho consuetudinario y el sometimiento de sus casos a la justicia estatal podría acarrear la violación de varias garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la CADH. Así, por ejemplo, este artículo consagra el derecho a ser oído por un tribunal competente. La competencia se refiere al ámbito especial, temporal, material y personal, definido previamente por la ley, dentro del cual el juzgador puede ejercer sus facultades. El derecho consuetudinario de varios pueblos indígenas define previamente cuáles son las autoridades encargadas de resolver los conflictos que se presenten, en cualquier materia, entre los miembros de cada comunidad. Desconocer lo anterior, sería someter a los indígenas a un tribunal distinto a su “juez natural”.

Finalmente, el procesamiento de un indígena que ya ha sido juzgado por su propia justicia constituiría una violación al derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito. En efecto, en el Ecuador se dio un caso en el que tres indígenas miembros de la Comunidad La Cocha que asesinaron a otro miembro de la misma Comunidad, fueron juzgados por un cabildo indígena. Dicho cabildo encontró culpables a los tres acusados y les impuso las penas de otorgamiento¹²¹, destierro de la comunidad por dos años, pago de una indemnización de seis mil dólares estadounidenses y a caminar sobre piedras. Tiempo después el Ministerio Público tomó conocimiento del asesinato que habían cometido los indígenas y, desconociendo el hecho que ya habían sido juzgados por sus pares, interpuso una acusación ante un juez penal. Sin embargo, el juez estatal consideró que el proceso penal instaurado ante él no tenía razón de ser, ya que se estaba violentando el principio *non bis idem*, y decretó la nulidad de todo el proceso penal¹²².

2.7 Igualdad ante la ley

*Ya no sé si esta es discriminación, porque es lo que vivo desde que me acuerdo.
Seguro que desde la panza de mi madre que me discriminan.¹²³*

El derecho a la igualdad, según los criterios de la Corte IDH, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma los discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se corresponden con su única e idéntica naturaleza¹²⁴.

De igual forma, la Corte en su reciente Opinión Consultiva 18 consideró “que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico¹²⁵”.

Por su parte, la CIDH señaló que dentro del derecho internacional en general, y en el derecho interamericano específicamente, se requiere de protección especial para que los pueblos indígenas puedan ejercer sus derechos plena y equitativamente con el resto de la población. Además, quizá sea necesario establecer medidas especiales de protección para los pueblos indígenas a fin de garantizar su supervivencia física y cultural, un derecho protegido en varios instrumentos y convenciones internacionales¹²⁶.

Indígena, Instituto Indigenista Interamericano, volumen LVIII, n. 1-2: 81-114, México, 1998.

121 La ortiga es una planta que causa picazón y ardor al contacto con la piel; es frecuentemente usada en las sanciones indígenas ecuatorianas.

122 Juzgado Tercero de lo Penal de Cotacachi, 10 de septiembre de 2002.

123 Testimonio de un indígena Wioní. Disponible en Aranda D., “el apartheid del impenetrable”, <<http://argentina.indymedia.org>>, consultado el 21 de Junio de 2004.

124 Opinión Consultiva, OC-4/94, Párr. 55.

125 OC-15/03, Párr. 101.

126 Informe sobre Ecuador, 1997, Pág. 122.

Copyright © 2013. Organización de los Estados Americanos (OEA).
Reservados todos los derechos.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

SECRETARÍA GENERAL
SECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

19th Street and Constitution Avenue NW
Washington, D.C. 20006

LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

ESTADOS MIEMBROS: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica (Commonwealth de), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

© Organización de los Estados Americanos