

I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

Reflexiones y debates sobre justicia,
territorio y recursos naturales

Buenos Aires, República Argentina
5 y 6 de noviembre de 2009

I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los pueblos indígenas. Reflexiones y debates sobre justicia, territorio y recursos naturales / José Aylwin Oyarzún ... [et.al.]. –

1a ed. - Buenos Aires: Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ministerio Público de la Defensa y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, 2010.

221 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-987-9496-41-1

1. Pueblos Originarios. 2. Derechos Humanos. 3. Actas de Congreso

CDD 306.8

Fecha de catalogación: 21/10/2010

COORDINACIÓN EDITORIAL

Comunicación Institucional - Secretaría General de Política Institucional. Defensoría General de la Nación

Tirada: 800 ejemplares

MINISTERIO PÚBLICO
DE LA DEFENSA

Defensora General de la Nación

Dra. Stella Maris Martínez

Secretaria General de Política Institucional. Defensora Pública Oficial

Dra. María Fernanda López Puleio

Programa sobre Diversidad Cultural

Dra. Violeta Quesada

Dra. Paula Barberi

COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS DE
LA CAPITAL FEDERAL

Consejo Directivo

Presidente

Dr. Eugenio H. Cozzi

Vicepresidente 1º

Dr. Juan Pablo Godoy Vélez

Vicepresidente 2º

Dr. Eduardo Awad

Secretaria General

Dra. Beatriz C. Rial

Prosecretario General

Dr. Juan Pablo Iunger

Tesorera

Dra. Diana Aida Saita

Protesorera

Dra. Susana B. del Valle Ávalos Ferrer

Vocales Titulares

Dr. José Roberto Lopéz

Dr. Leandro Rogelio Romero

Dr. Guillermo Martín Lipera

Dra. Margarita Rico

Dr. Roberto Antonio Punte

Dr. Alejandro Borda

Dra. Norma Olga Silvestre

Dr. Alejandro Carlos Gómez

Vocales Suplentes

Dr. Mariano X. Ferradas Llamas

Dr. Hugo Daniel Sorbo

Dra. Graciela Rizzo

Dr. Eduardo Baeza

Dra. Andrea Gabriela Campos

Dr. Carlos Alberto Alarcón

Dra. Susana Lorig

Dra. Iván M. A. Bahamondez Fierro

Dra. Maria Carolina Obario

Dr. Juan José Kelemen Masseroni

Dr. Alejandro Demarie

Dra. Andrea América Jeckeln

Dr. Diego M. Dedeu

Dr. Juan Antonio Hussey

Dra. Virginia Badino

**Comisión de Abogados
por los Derechos Indígenas**

Coordinadora Titular

Dra. Daniela Alejandra Audisio

Coordinadora Adjunta

Dra. María Lorena Gutiérrez Villar

Secretaria Titular

Dra. Mariana Neves

Secretaria Adjunta

Dra. Silvina Zimerman

ASOCIACIÓN DE ABOGADOS/AS DE
DERECHO INDÍGENA

Presidente

Dr. Juan Manuel Salgado

Vicepresidente

Dr. Julio César García

Secretaria Ejecutiva

Dra. M. C. Patricia R. V. Bruyn

Tesorero

Dr. Eduardo Raúl Hualpa

Vocales

Región Patagonia

Dr. Darío Raúl Rodríguez Duch

Dra. Elena Ana María Picasso

Región Cuyo-Centro

Dra. María José Bournissent

Dra. Silvina Zimmerman

Región Noreste

Dr. Daniel Horacio Cabrera

Dra. Stella Maris Martínez

Región Noroeste

Dr. Enrique Oyharzabal Castro

Dr. Rodrigo Sola

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

PRIMER PANEL. “Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas” 13

LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y PLURIÉTNICA DE LOS DERECHOS: DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LOS MESTIZAJES DE ORIGEN IBÉRICO Y AFRICANO, *por Alberto Filippi* 15

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DE LAS NUEVAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS: LA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA AMBIENTALISTA, *por Silvina Ramírez* 39

DE LA TUTELA INDÍGENA A LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL DESARROLLO, PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO, *por Raquel Z. Yrigoyen Fajardo* 51

SEGUNDO PANEL. “Relación entre estados, empresas transnacionales y pueblos indígenas frente a la explotación de los recursos naturales” 89

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: TENSIONES Y DESAFÍOS, *por José Aylwin Oyarzún* 91

DEFINIENDO ESTRATEGIAS JURÍDICAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *por Mikel Berraondo* 113

TERCER PANEL. “Acceso a la tierra y al territorio como derecho fundamental de los pueblos indígenas” 125

DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO: AVANCES Y DESAFÍOS EN LA EXPERIENCIA BOLIVIANA, *por Idón Moisés Chivi Vargas* 127

ACCESO A LA TIERRA EN ARGENTINA: LOS PRINCIPALES CONFLICTOS Y DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA, *por Nelson Rapiman y Fernando Radziwilowski* 135

Conclusiones del trabajo en comisiones 149

COMISIÓN SOBRE “RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS” 151

COMISIÓN SOBRE “RELACIÓN ENTRE ESTADO, EMPRESAS TRASNACIONALES Y COMUNIDADES INDÍGENAS” 153

COMISIÓN SOBRE “ACCESO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS” 157

Conferencia de cierre 161

CONFERENCIA DE CIERRE DEL I ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *por Eugenio Raúl Zaffaroni* 163

ANEXO 177

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES 179

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 195

CUADRO COMPARADO SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO 209

CURRICULUM VITAE DE LOS PANELISTAS 217

PRESENTACIÓN

Este libro ha sido fruto del trabajo conjunto entre la Defensoría General de la Nación, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, coorganizadores del *I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de Los Pueblos Indígenas* celebrado los días 5 y 6 de noviembre de 2009 en la sede del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El Encuentro se organizó en el marco de la celebración del 20º aniversario de la adopción del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, y en el convencimiento de que la efectiva satisfacción de los derechos allí reconocidos para los pueblos indígenas, así como los plasmados en los diversos instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos, entre los que se destaca la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas, necesitan del esfuerzo mancomunado de los distintos actores gubernamentales y no gubernamentales, nacionales, regionales e internacionales.

El evento tuvo entre sus principales objetivos:

- desarrollar estrategias que permitan incidir, en forma efectiva, en el diseño, desarrollo y evaluación de políticas públicas respetuosas de la diversidad cultural de los pueblos indígenas;
- promover el reconocimiento efectivo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos humanos fundamentales;
- evaluar y debatir las experiencias de los países latinoamericanos en el proceso de construcción de modelos de Estado intercultural;

- intercambiar experiencias positivas y buenas prácticas en la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las principales herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Sistema de Naciones Unidas y su aplicación en el ámbito interno; y elaborar estrategias conjuntas para su difusión y fomento;
- promover la participación y el compromiso de una mayor cantidad de actores en la búsqueda de alternativas que contribuyan a la remoción de obstáculos al acceso a la justicia de los pueblos indígenas y al reconocimiento efectivo de sus derechos, especialmente el derecho a la tierra y al territorio como derecho humano fundamental;
- analizar las herramientas legales y judiciales de protección frente a la explotación de los recursos naturales y generar estrategias conjuntas para su efectivo cumplimiento.

8

Antes de llevar a cabo el Encuentro, y a fin de continuar con las respectivas líneas de trabajo que lleva a cabo cada institución, los coorganizadores estimamos importante avanzar en acciones que no sólo permitan dar difusión al Encuentro sino que también favorezcan la sensibilización sobre los derechos de los pueblos indígenas. De ese modo, se realizaron varias jornadas preparatorias:

La primera de ellas se realizó en la Ciudad de Buenos Aires y fue una Conferencia sobre “La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica” a cargo del Dr. Víctor Abramovich y la Dra. Silvina Ramírez que se celebró el día 8 de octubre en el salón Auditorio de la Defensoría General de la Nación.

Luego, en la ciudad de Esquel, provincia de Chubut, se llevó a cabo una “Jornada de actualización en derecho indígena” el 16 de octubre. La jornada contó con la presencia de diferentes expositores: Fernando Kosovsky y Edgardo Manosalva, integrantes del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso

a la Tierra; Omar López, Defensor Público Penal de Esquel; y Gustavo Macayo, abogado de comunidades indígenas en la provincia de Chubut.

Asimismo, en la ciudad de San Carlos de Bariloche se celebró otra jornada preparatoria, el día 24 de octubre, en el Salón de Audiencias de los Tribunales de esa ciudad y contó con la participación de los Dres. Luis Alfredo Lutz, presidente del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro; Carlos Alberto López, Fiscal de la Cámara 1ra de S.C. de Bariloche; Dr. Fernando Kosovsky, integrante del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra; Dr. Emilio Riat, Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería; Dr. Darío Rodríguez Duch, integrante del Equipo Patagónico de Abogados y Abogadas en Derechos Humanos y Estudios Sociales y del Dr. Martín Lozada, juez a cargo del Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2 de la 3ra Circunscripción Judicial de la provincia de Río Negro.

El I Encuentro se desarrolló a través de paneles donde disertaron los expositores invitados y durante la tarde de la segunda jornada se trabajó en diferentes comisiones. Todas las actividades giraron en torno a tres temas: “Reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas”, “Relación entre estados, empresas transnacionales y pueblos indígenas frente a la explotación de los recursos naturales” y “Acceso a la tierra y al territorio como derecho fundamental de los pueblos indígenas”.

Para los asistentes y coorganizadores fue motivo de gran orgullo contar con la presencia de numerosos integrantes de comunidades indígenas que participaron activamente de los debates e intercambios en cada una de las actividades programadas.

Las palabras de bienvenida estuvieron a cargo de representantes de las instituciones coorganizadoras: el Sr. Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Julián Langevin, el presidente de la Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, Dr. Juan Manuel Salgado; y el Secretario General del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Dr. Guillermo Fanego.

En el acto de apertura se realizó una videoconferencia con el Dr. James Anaya, Relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. El acto de clausura estuvo a cargo del Sr. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, quien brindó la conferencia de cierre.

El alto nivel de las exposiciones de los conferencistas extranjeros y nacionales, reconocidos internacionalmente por su experiencia laboral y académica vinculada con los derechos de los pueblos indígenas: José Aylwin Oyarzún (Chile); Mikel Berraondo (España); Idón Moisés Chivi Vargas (Bolivia); Alberto Filippi (Italia); María Jose Lubertino (Argentina); Silvina Ramírez (Argentina), Nelson Rapiman (Argentina), Fernando Radziwilowski (Argentina) y Raquel Yrigoyen Fajardo (Perú); sumado a los debates que se llevaron a cabo en el Encuentro conformó un valioso material que merece difundirse.

No podemos dejar de mencionar y agradecer el valioso esfuerzo de quienes colaboraron y auspiciaron el evento: el Centro de Políticas Públicas para el Socialismo (CEPPAS), el Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT), la Defensoría del Pueblo de la Nación, la Unión de Empleados de la Justicia de la Nación (UEJN), la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (UNL), el Colegio Público de Abogados de Comodoro Rivadavia (CPACR), la Defensa Pública de Costa Rica, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento del delincuente (ILANUD), el Ministerio de la Defensa Pública de la provincia del Chubut, la Asociación Americana de Juristas (AAJ), la Asociación de Abogados de Buenos Aires (AABA); la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, la Confederación Mapuche de Neuquén, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), la Embajada del Estado Plurinacional de Bolivia, la Embajada del Gobierno de Chile y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación.

Por los motivos expuestos, los organizadores del evento decidimos realizar esta publicación, con el objetivo de ofrecer una herramienta para el trabajo diario que fortalezca la lucha por el efectivo ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Dr. Eugenio Cozzi

Presidente del Colegio Público
de Abogados de la Capital
Federal

Dr. Juan Manuel Salgado

Presidente de la Asociación
de Abogados/as de Derecho
Indígena

Dra. Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación

PRIMER PANEL

**“Reconocimiento y protección de los derechos
fundamentales de los pueblos indígenas”**

LA CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA Y PLURIÉTNICA DE LOS DERECHOS: DESDE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LOS MESTIZAJES DE ORIGEN IBÉRICO Y AFRICANO¹

Alberto Filippi

I.

Ante todo quiero dirigir a los organizadores mi agradecimiento por haberme invitado a participar a estas jornadas de análisis de la tradición milenaria de las civilizaciones de los que ahora, y finalmente, llamamos “pueblos originarios” y sus múltiples transformaciones y entrecruzamientos con las tradiciones culturales de la Europa mediterránea y de África.

Nos encontramos, me encuentro en este país, Argentina, que sólo en mínima parte es andino, pero en la otra gran parte -la más catastrófica- es un país atlántico, más cercano a la penetración de Occidente y más expuesto al epicentro de los sistemas coloniales e imperiales europeos. Por ello, tiene un mérito aún mayor la organización de este encuentro y del debate que vamos a tener, precedido por la importantísima exposición que acabamos de escuchar del colega el profesor James Anaya², quien no dejó de recordarnos que el año pasado, en las Naciones Unidas, cuatro países -Estados Unidos, Australia, Canadá y Nueva Zelanda- *no votaron* la Declaración de Protección y de Reconocimiento de los Derechos Indígenas. Vaya ironía de la historia porque se trata de cuatro insignes protagonistas del genocidio de los indios durante siglos.

15

1 Ponencia presentada en el “*Primer Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los pueblos Indígenas*”, Buenos Aires 5 y 6 de noviembre de 2009.

2 Quien realizó una videoconferencia en el acto de apertura.

Digo esto porque es muy urgente que hagamos una reflexión para comprender las relaciones que se han ido configurando entre el “Derecho” y sus formas históricas, concretas de realización y lograr reconstruir las evoluciones y regresiones que, desde los siglos pasados, han caracterizado la lucha por los derechos y la negación de los mismos por parte de quienes han ejercido la explotación económica y política. Reflexiones estas que hago con especial referencia al hecho de que estamos entrando en este ciclo de conmemoración de los bicentenarios hispanoamericanos.

Insisto: es necesario comprender que la construcción histórica de los derechos está determinada por luchas, por contradicciones y, al mismo tiempo, marcada por conquistas que no son irreversibles y que plantean el enorme problema de lograr la participación ciudadana en la toma de conciencia de las identidades iberoamericanas, que son indígenas, que son neoafricanas, que son neoeuropeas, que son fruto de los mestizajes culturales, lingüísticos y religiosos. Y que son la clave, y la única clave posible, para la construcción social de un futuro cultural y político de tolerancia, donde la diversidad étnica y la igualdad jurídica puedan convivir y potenciarse en los próximos siglos.

Además, considero que una tarea importante ligada a este primer Encuentro es divulgar en las escuelas, las universidades, los liceos nuestras reflexiones a este enorme, descuidado, y hasta exorcizado problema que es “de dónde venimos jurídicamente” y hacia dónde vamos, porque las relaciones permanentes y vinculantes entre “Derecho-Poder y Libertad” son fundamentales para entender los procesos de emancipación y liberación que nos esperan como desafíos en este siglo: algo más de lo que pudimos emanciparnos en los siglos pasados.

Por cierto, quiero hacer una referencia al filósofo italiano Norberto Bobbio, cuyo centenario estamos celebrando en varias universidades argentinas, quien a esta relación “derecho-poder-libertad” ha dedicado muchas de sus obras, explicándonos que solamente el control hegemónico del derecho

sobre el poder puede garantizar la libertad y la igualdad de los individuos y las sociedades.

“La historia del pensamiento político –explicaba Bobbio– puede ser representado como una historia de los cambiantes intentos, según las circunstancias y las épocas, de redefinir de la mejor manera posible la relación entre la necesidad del poder y las aspiraciones a la libertad. Toda la historia política puede interpretarse como una lucha continua entre quienes se proponen conquistar o no perder la libertad”. Y añadía Bobbio: “Si, en la relación entre dos sujetos, poder y libertad son el uno la negación del otro, en el mismo sujeto poder y libertad y no-poder vienen a coincidir. Quien adquiere la libertad, también adquiere poder. Quien pierde poder, pierde también libertad. Toda lucha por la libertad es también lucha por el poder. Toda lucha por el poder es también lucha por la libertad. Cada uno tiene tanto más poder cuanto más libertad”³.

Relación “poder”, “derecho” y “libertad” que respecto a la historia iberoamericana se ha manifestado por lo menos en *tres grandes etapas* que explican las transformaciones que han sufrido quienes han sido los sujetos históricos de tales derechos: desde los pueblos originarios hasta los africanos en América, pasando por las diversas variaciones étnicas de los mestizos y relativos entrecruzamientos con criollos y neo-europeos en los últimos decenios. Quiero decir que en mis estudios de historia de las instituciones jurídico-políticas, analizadas a largo plazo –porque las formas jurídicas e institucionales son de larguísimo plazo, de larguísima duración en el sentido tanto de sus negaciones o como de sus gestaciones–, establezco y distingo algunas etapas que quiero recordar para referirme específicamente al caso americano.

3 Norberto Bobbio, Voz “Democrazia”, en Ángelo d’Orsi compilador, *Alla ricerca della politica, voci per un Dizionario*, Bollati Boringhieri, Turin 1995.

II.

La *primera etapa*, es la de la gestación de los nuevos derechos en ocasión de la invasión etnocida Ibérica que, a su vez, por una inevitable respuesta inicial y luego seguida en el tiempo, va a originar una serie de debates teológico-políticos en España, que van a permitir que los pueblos originarios, además de ser masacrados, sean reconocidos por las mentes más avanzadas de la época como sujetos jurídicos de lo que después llamamos la modernidad. Considero que, en este sentido, el título correcto de este encuentro debería ser *“Los derechos de los pueblos originarios como fundamento de los derechos humanos”*.

En efecto, una de las grandes innovaciones teórico-políticas de la modernidad fue, justamente, la teorización de Bartolomé de las Casas en contra de Ginés de Sepúlveda, al sostener que siendo los indios sujetos humanos, eran por lo mismo sujetos de derechos humanos entendidos como derechos universales. Y de ahí viene la construcción histórica europea en ocasión del debate de la naturaleza del indio americano, si era un hombre, si era un “homúsculo” o si era una bestia, con relación a su dignidad como persona dando origen al proceso histórico occidental que llamamos *“de constitucionalización de la persona”*. Esto es muy interesante, porque la dialéctica hegeliana no existía sólo en la cabeza de Hegel, sino que, efectivamente, a veces la historia procede a través de negaciones: según la famosa fórmula de las tesis, las antítesis y la “superación/síntesis” de ambas.

La historiografía reciente nos confirma que la dominación colonial en la América Ibérica por distintos factores -desde los de la explotación económica y las consecuentes formas de lucha y resistencia hasta los aspectos religiosos e ideológicos propios de la cultura Ibérica- fue específica y radicalmente diferente a la que se instaló en la América Anglosajona. Con lo cual, después del derrumbe demográfico de la conquista, se fueron estableciendo sociedades indoibéricas que al mezclarse luego con las africanas han originado la peculiaridad étnica que José Martí -para distinguirla de la sajona- llamaba “Nuestra” América.

Por todas estas razones, vinculadas a la composición étnica de los distintos grupos sociales de los súbditos americanos y de funcionamiento del sistema jurídico-político imperial en el continente, el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y el ejercicio de las distintas jurisdicciones de lo que ahora denominamos como defensa de los indígenas así como de los entonces llamados “protectores de indios” y “fiscales indianos” tuvo diversas -muy diversas- evoluciones y prácticas judiciales en los diferentes Virreinos o Gobernaciones o Capitanías generales, especialmente en el Virreinato de Nueva España (1535) y de Perú (1542), adonde la componente indígena y mestiza fue determinante.

El factor demográfico, repito, se fue revelando de gran envergadura para la configuración de los sujetos de derecho en los espacios que fueron dominados por los Incas tanto por las bajas producidas por epidemias traídas por los españoles que diezmaron a la población andina como por la cantidad de sobrevivientes y los paulatinos aumentos, debidos a las migraciones indígenas de una provincia a otra. El caso probablemente más significativo es el de las diez provincias del Cuzco que en 1689-1690 sumaban una población de 112.650 indígenas que constituían el 94.3% de la población total; en 1786 sumaban 174.623 que representaban el 82.6% de los habitantes y un incremento de la población del 35.5% en el período. En Cochabamba, la población indígena aumentó desde 26.500 personas en 1683, a 59.300 en 1808, que representa un aumento del 55%. Arica y Tarapacá incrementaron su población nativa de 1752 a 1792 pasando de 8.169 y 4.471 a 12.870 y 5.406 habitantes respectivamente, con aumentos porcentuales del 36.5% y el 17.3%.

Si estos datos indican un relativo fortalecimiento demográfico de la población indígena, otros grupos étnicos crecían en el siglo XVIII a un ritmo mayor; aún cuando los pueblos originarios seguían siendo más del 50% de la población total. El aumento del mestizaje en las diferentes variaciones de los mestizos-blancos, así como las múltiples interrelaciones entre los distintos grupos de la sociedad colonial y el aumen-

to de las cargas fiscales, afectaron a los programas de movilidad social de la población andina, a la vez que generaron situaciones cargadas de nuevas tensiones y alianzas indo mestizas e indo criollas y consecuentes relaciones jurídico-económicas. Según el censo de 1795, la población del Perú (compuesta por las intendencias de Lima, Tarma, Huamanga, Cuzco, Arequipa y Trujillo) sumaba 1.151.207 habitantes, que se subdividían en 140.890 españoles (12.63%); 648.615 indios (58.16%); 244.313 mestizos (21.90%); 41.004 negros libres (3.67%) y 40.385 esclavos (3.62%). La mayor parte de la población andina, en el siglo XVIII, se concentraba en los obispados de Cuzco y La Paz, y el arzobispado de Chuquisaca, área que coincide con la mitad de Potosí y que producía la mayor cantidad de tributos.⁴

Más en general para 1825 (y después de los cambios políticos-demográficos de las guerras de independencia) los datos que se han podido reconstruir son de la existencia en la “América española” de alrededor de 1.400.000 blancos, 2.900.000 mestizos, mulatos y negros y 3.200.000 indígenas.⁵ Todos estos indicadores de la dinámica socio-económica tuvieron causas y efectos *también* en el tipo de intervención jurídica que fue generando y adoptando el sistema de la explotación colonial y la salvaguarda del factor productivo esencial, la mano de obra indígena.

Quiero llamar la atención de ustedes, sobre algunos rasgos del funcionamiento del estado colonial hispanoamericano y de la consecuente evolución jurídica de la defensa de los derechos de los pueblos originarios como fue instituido el caso de los “fiscales” denominados “*protectores generales de Indios*” cargo que fue asignado por diferentes motivos,

4 Jorge Hidalgo Lehide y Frédérique Langue, “La reformulación del consenso” en *Historia General de América Latina*, vol. IV, *Procesos americanos hacia la redefinición colonial*, dirigida por Enrique Tandeter, Unesco/ediciones Trotta, Madrid 2000, pp.414-416.

5 Magnus Mörner, *La mezcla de razas en América Latina*, Paidós, Buenos Aires 1969 y Richard Morse, *El espejo de Prospero: un estudio de la dialéctica del Nuevo Mundo*, Siglo XXI, México 1981.

después –como veremos- de las denuncias de los frailes dominicos en 1511. Ya en 1516, en un informe para el cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, (entonces regente del reino) Bartolomé de Las Casas, esboza un plan de gobierno para las Indias que prevé la designación de un “*protector de naturales*”. Las Casas -retomando, como veremos, las denuncias formuladas en la Catedral de Santo Domingo en diciembre de 1511 por Pedro de Córdoba y los predicadores dominicos- exige la designación urgente de un protector “que procure la utilidad y conservación de los indios con mucha vigilancia y cuidado; la cual tenga en justicia los dichos indios, porque no les sea lucha ninguna sin razón y sin justicia, y que castigue a los mal luchadores y delincuentes”. La exigencia de Las Casas, ya convertido a la razonada defensa de los aborígenes, es bien precisa: los indios necesitan ser defendidos porque “*por sí mismos nunca piden justicia, por más agraviados que estén, y si alguna vez la piden, ó no la alcanzan ó con muy gran dificultad*”, pues ellos “no saben leer y escribir, ni saben la lengua española, y los españoles ningún caso hacen de ellos, mas antes los menosprecian, y así no los oyen”.⁶

21

Al fin, el 17 de septiembre de 1516, Las Casas es nombrado con el pretendido e innovador título de “*procurador o protector universal de todos los Indios de las Indias*”, cargo cuyos objetivos y potestades se explican en la real cédula que lo autoriza a actuar en el nuevo mundo.

La parte central del texto es la siguiente: “Nos [ya era rey de Castilla y Aragón Carlos de Gante] enviamos a entender en la reformatión de las Indias [...], de todas las cosas que tocaren a la libertad y buen tratamiento y salud de las animas y cuerpos de los dichos indios de las dichas islas y Tierra Firme, y para que nos escribais, nos vengais a informar de todas

6 “Carta memorial de Bartolomé de Las Casas al cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, Regente del Reino”, ahora en el imprescindible ensayo del historiador venezolano Santiago Gerardo Suárez, *Los fiscales indianos. Origen y evolución del Ministerio Público*, Academia Nacional de la Historia, Fuentes para la Historia colonial de Venezuela, Caracas 1995, p.268, (cursiva mía).

las cosas que se hicieren y conveniere al servicio de Nuestro Señor y Nuestro, que para todo ello hos damos cumplido poder, con todas sus incidencias y dependencias, emergencias, anexidades y conexidades [...]”⁷

El cargo que le confiere a Las Casas estos poderes de protección legal de los indios tiene toda la evidencia de ser personalísimo y sólo posteriormente, análogos títulos vienen conferidos a otras personas a lo largo del continente hispanoamericano. Así es el caso del obispo de Cuba en 1527 nombrado “*protector de los indios diocesanos*” y, luego, Diego Álvarez de Osorio, protector de los de Nicaragua, en ese mismo año. Sin embargo, suele mencionarse como el siguiente, después de Las Casas a Juan de Zumárraga, arzobispo de Nueva España (nombrado el 10 de enero de 1528) y Tomás Ortiz –otro colonizador arrepentido– obispo de Santa Marta, el 28 de febrero.

La mayor paradoja y contradicción de la política de defensa de los indios con miras a la cristianización compulsiva de los pueblos originarios es que se los “defendía” también de todo su patrimonio pasado y presente cultural y religioso. El caso de Juan de Zumárraga es ejemplar: en aplicación del Santo Oficio el fraile franciscano, que quemó el inestimable patrimonio de miles de documentos y obras de arte aztecas, inició un proceso en 1536 contra dos sacerdotes de Tlálac, el dios de la lluvia, que realizaban un ritual para pedir el cese de la sequía. Según los documentos del proceso los dos indios fueron condenados, azotados y en el mercado de Tlatelalco fueron quemados sus ídolos. En 1538 (el 22 de noviembre) Zumárraga condenó en público por idolatría a tres ancianos indios a ser vapuleados, por rendir culto a Huitzilopochtli y quemó las estatuas del dios azteca. Estos y muchos otros ejemplos se pueden encontrar en el volumen sobre *Procesos de indios y hechiceros*, Archivo general de la Nación, México, 1912.⁸

7 Bartolomé de Las Casas, *Historia de Las Indias*, edición a cargo de André Saint-Lu, Biblioteca Ayacucho, Caracas 1986, 3 vols., tomo III, cap.90.

8 Carlos Mesa, “La figura histórico-jurídica del protector de Indos” en

III.

La *segunda etapa*, que deseo subrayar está referida a la edad republicana, la más dramática desde el punto de vista de la negación de los derechos: de las reformas legales y del “colonialismo interno” y de la generalización del racismo etnocéntrico de los blancos y los mestizos-blancos. Recordemos que se había abierto el gran debate sobre los alcances de los *nuevos* derechos, debate de una enorme importancia, porque ustedes no deben olvidar que la famosa “Declaración solemne” de Principios de Derechos del Hombre de la Constitución Francesa de octubre de 1789 no está para nada incluida en el texto mismo de esa Constitución. Después de que discutieron con gran vigor e inusitada violencia durante tres meses, los constituyentes franceses se pusieron de acuerdo en quitarla de la Constitución, en *no constitucionalizar* esos derechos, y en hacer un simpático preámbulo en el cual, sin jurisdicción alguna, dijeron sin embargo algo que fue catastróficamente negativo para los pueblos de Asia, África y América de ese entonces, porque tipificaron el concepto jurídico de que los del “hombre” eran derechos que se referían en la realidad geo-política *sólo* a los ciudadanos, generando de tal manera un colosal equivoco que perdura hasta nuestros días.

Pero ¿qué fue lo que sucedió? Que en la práctica política del siglo y medio siguiente en Europa y las Américas, esos derechos considerados por la Declaración de 1789 como “naturales, inalienables y sagrados del hombre” según los cuales en fin los hombres somos, entre comillas, “iguales frente a la ley”, se transformaron en derechos *sólo* para los ciudadanos franceses -y luego alemanes o ingleses-, con la exclusión de todos los diversos jurídicos. En el caso específico de la Constitución francesa del 89, obviamente no eran considerados sujetos de derecho ni los mulatos de las colonias del Caribe, ni los negros, ni los judíos, ni las mujeres de Francia, ni -vaya

curiosidad de la época- los actores de teatro.

La Independencia de América, a la que dieron vía libre los conflictos entre las potencias europeas durante la era napoleónica, reflejó esta continua adaptación del sector americano al sistema europeo, a fin de servir al mercado mundial, aunque esto último ya no se hiciera en aras del interés de la metrópoli española. La reorientación de Hispanoamérica hacia el comercio con Europa, en las primeras décadas del siglo XIX, ofrece algunas manifestaciones evidentes de las tensiones que se habían acumulado entre las diversas categorías socioeconómicas y jurídico-políticas de las elites en la época colonial. Las revueltas y rebeliones características del siglo XVIII sirvieron de advertencia sobre la índole de estas tensiones, pero el levantamiento de los curas Hidalgo y Morelos en México (a cuya derrota contribuyeron los criollos aterrados) y los interminables conflictos sociales que precedieron y acompañaron el proceso de la Independencia en Sudamérica, le dieron un carácter más explícito al problema de la lucha étnica por los derechos y su defensa.

24

En este contexto histórico en el cual se fueron manifestando pugnas y conflictos para la afirmación de ideas y prácticas sociales de emancipación y relativa igualdad jurídica por parte de los diversos sujetos surgidos de los cruces interraciales que había generado la sociedad colonial, tuvieron enorme importancia los acontecimientos sorprendentes (por el carácter *constituyente* de los derechos que iban a emerger como nuevos) de la Independencia anglosajona y de la Revolución francesa. El impacto conceptual en el imaginario de las elites criollas de estas revoluciones para la configuración de “los nuevos derechos americanos” fue enorme.

Ante todo porque se sustituía el carácter hereditario del poder político exclusivo de las monarquías europeas con la refundación constituyente de la legitimidad del poder, que viene ahora a emanar del sufragio y la representación política en los cabildos, las asambleas y los parlamentos. Si bien es cierto que el tránsito de la legitimidad dinástica a la representativa no significó la inclusión de todos los sujetos políti-

cos americanos -porque la exclusión de grandes sectores de la población en el ejercicio activo y pasivo de esos derechos se mantuvo- pero marcó una sustancial ampliación de los derechos civiles y políticos a los criollos, los mestizos y a grupos subalternos de negros libertos, pardos y mulatos.

Así el criollo bogotano Antonio Nariño y Álvarez traduce e imprime en 1794 la ya citada Declaración de los derechos que precede la constitución francesa de 1789. En 1797, Pedro Gual, Juan Bautista Picornell y José María España, protagonistas de la “Rebelión” venezolana de La Guaira publican la traducción de los *Derechos del hombre y del ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos* sacada, en cambio, de la declaración que precedía la constitución francesa del 24/6/1793. La primera traducción de la constitución federal de Estados Unidos (de 1787) es del venezolano José Manuel Villavicencio (que había nacido en Coro, en 1778) y la publica en Filadelfia en abril de 1810.

Pero volviendo al legado de la Independencia de Estados Unidos y al de la Revolución francesa ¿por qué fue gestada y asumida como una revolución *étnicamente racista*, anti-igualitaria y etnocéntrica, y luego rápidamente hecha propia por los republicanos americanos del norte, del centro y del sur? Porque limitando los derechos del hombre a los derechos de ciudadanía -como decimos hoy en día- crearon las premisas de todas las políticas genocidas o etnocéntrico-blancas. Yo uso muy a menudo la categoría del “*etnocentrismo jurídico blanco*”, en el sentido abstracto y general que tiene la denominación “blanco” en cuanto define e incluye todos los matices de los blancos biológicos, por cierto inexistentes en forma “pura”. Es decir que así como no existen los “blancos” en cuanto tales, sí existe, vaya paradoja, la concepción etnocéntrico-jurídica, de lo blanco, del “blanqueamiento”, concepción del mito del hombre blanco perfeccionada y exportada fuera de Europa durante las revoluciones burguesas que culminan y decaen con la edad del imperialismo de las potencias europeas, desde el inglés en

el siglo XIX hasta el de Mussolini en África en el siglo pasado.⁹

IV.

Y, finalmente, llega una *tercera etapa* mucho más innovadora, que es la del 48 -la Declaración Universal de 1948-, cuando Europa misma, sobre su propia carne, experimentó la muerte y desaparición de más de 60 millones de europeos y se dio cuenta de que exportar la práctica imperialista de la guerra y de la violencia no permitía evitar que se hiciera guerra y violencia en casa propia. La promoción de la Carta del 48 fue muy importante, y viene luego a ser en muchos casos negada por todas las dictaduras latinoamericanas de los años 60 y 70; pero por una serie de razones que no puedo analizar aquí, se ha vuelto a replantear con mucha energía en los últimos 30 años de lucha por la democracia en el Cono Sur.

Pero, con lo explicado en la primera parte de esta ponencia he querido reivindicar el hecho de que esta América mestizo-india-africana fue, por suerte -y lo será cada vez más en los próximos siglos-, distinta a la América supuestamente blanca anglosajona que había ejercido en la fantasía política de Sarmiento y de Alberdi la idea de que se podía mejorar el Cono Sur importando hombres blancos del norte de Europa. En cambio, los datos demográficos y la visión política de algunos hombres que guiaron la Junta de Mayo en Buenos Aires permitieron imaginar una integración étnica y territorial muy distinta a la que se impuso con el colonialismo interno en la época de la República oligárquica.

Para reflexionar respecto a la peculiaridad que presentaba Argentina en la relación *poblaciones/derechos* es útil volver a los datos antiguos que nos recuerdan que en el Virreinato del Río de la Plata, según el censo organizado por el gobernador de Buenos Aires, Diego de Góngora, en 1623 eran los siguientes: 2.730 habitantes blancos y criollos, 4.899 indios

9 Sobre el planteo de la cuestión, remito a mi ensayo "Laberintos del etnocentrismo jurídico-político: de la limpieza de sangre a la des-estructuración étnica" en *Para una historia de América*, Los Nudos, vol. II, Fondo de Cultura Económica, México 1999.

en las reducciones o al servicio de y en las ciudades. Y en el censo de 1776 se daba, para la población rioplatense, 70 mil blancos -con limpieza de sangre- metropolitanos o criollos, 41 mil indios y 74 mil mestizos, mulatos, negros y zambos.

Esta es la proporción demográfica con la cual se entra en el proceso de la independencia, cuando las principales ciudades tenían (apenas) los siguientes habitantes: Salta, 8.000, Córdoba, 16.000 y Buenos Aires 50.000.

En esa coyuntura, surgen las dos grandes interpretaciones históricas de las elites de la época acerca del “qué hacer” jurídico, político. Deseo evocar aquí, especialmente, la posición que salió perdiendo, que fue, por ejemplo, la de Juan José Castelli. Permítanme, de paso, hacer una explícita mención (en recuerdo también de mis remotos ancestros de la época de la República de Venecia) al que hasta donde alcanzan mis conocimientos considero el único (o el más relevante) protagonista americano que provino de esa encrucijada comercial y cultural entre Oriente y Occidente que fue Venecia, adonde a mediados del siglo XVIII nació el padre del “criollo-veneciano” Juan José, el “protomédico” Angelo Castelli Salomón (que se casó en Buenos Aires con la criolla María Josefa Villarino y González de Islas, quien fuera a su vez tía de Manuel Belgrano).

27

Nacido en 1764, Juan José, estudió en el Real colegio de San Carlos y luego en Córdoba para terminar su licenciatura en derecho en la universidad peruana de Chuquisaca en 1788. En 1796 su primo Manuel Belgrano lo convenció y apoyó para que fuera nombrado secretario suplente durante sus licencias y ausencias en el cargo que Manuel tenía en el Real Consulado. Tres años después es designado Regidor del Cabildo, siendo desde 1801 cofundador de la Sociedad Patriótica Literaria y Económica.

En su Proclama de Tiahuanaco, del 25 de mayo de 1811 (estando encargado de la gobernación de Potosí), perfila su utopía liberal acerca de la igualdad de los derechos de los indios, de la liberación de la servidumbre, de la abolición del tributo y, también, la coherente (desde el punto de vista liberal) pero errada idea (desde el punto de vista de las culturas y las

sociedades andinas) de eliminar la propiedad comunitaria, siguiendo en estos temas así como en otras visiones acerca de la “modernización” de las sociedades de los pueblos originarios muchas de las ideas que tuvo Simón Bolívar cuando gobernó en Perú.

La proclama de Juan José Castelli, “A los indios del Virreinato del Perú”, hecha en su condición de “Representante de la Junta Provisional Gubernativa del Río de la Plata”, es un texto bastante desconocido y que vale la pena citar en vísperas del Bicentenario de la Junta de Mayo, porque marca con fuerza la interpretación liberal más avanzada de lo que debía ser la sociedad americana en la cual la inclusión social y jurídica de los pueblos originarios era según los patriotas ilustrados necesaria y determinante.

Castelli comienza denunciando frente a las comunidades indígenas al Virrey y las falsas promesas sobre la libertad y la emancipación: “la proclama que con fecha 26 de octubre del año del año anterior os ha dirigido vuestro actual virrey me pone en la necesidad de combatir sus principios, antes que vuestra sencillez sea víctima del engaño, y venga a decidir el error la suerte de vosotros y vuestros hijos. Yo me intereso en vuestra felicidad no sólo por carácter, sino también por sistema, por nacimiento y por reflexión; y faltaría a mis principales obligaciones, si consintiese que os oculten la verdad, u os habéis escuchado el eco de mi compasión, ni ha llegado hasta vosotros la luz de la verdad, que tantas veces deseaba anunciaros, cuando la imagen de vuestra miseria y abatimiento atormentaba mi corazón sensible; pero ya es tiempo de que os hable en el lenguaje de la sinceridad, y os haga conocer lo que acaso no habéis llegado a sospechar [...]

“Vosotros no podéis ignorar que la España gime mucho tiempo bajo el yugo de un usurpador sagaz y poderoso, que después de aniquilado sus fuerzas, agotado sus arbitrios, y aislado sus recursos, se complace de verla postrada ante el trono de su tiranía oprimida de las fuertes condenas, que arrastra con aprobio no podéis ignorar que, arrebatado por la perfidia del trono de sus mayores, el Sr. Fernando VII sus-

pira inútilmente por su libertad en un país extraño y conjurado contra él, sin la menor esperanza de redención: no podéis en fin ignorar que los mandatarios de ese antiguo gobierno metropolitano, que han quedado entre vosotros, ven decidida su suerte, y desesperada su ambición, si la América no une su destino al de la península, y si los pueblos no reciben ciegamente el yugo que quieran imponerles los partidarios de sí mismos. Por esto es que para mantenernos en un engaño favorable a sus miras, os anuncian victorias, os lisonjean con esperanzas, y entretienen vuestra curiosidad con noticias combinadas en los gabinetes de intriga. Mas yo –explica Castelli– os anuncio con la sinceridad que me inspira el amor que os profeso, como nacido en el mismo suelo que vosotros, que ya la España tributa vasallaje a la raza exterminadora del emperador de los franceses, y que por consiguiente es tiempo de que penséis en vosotros mismos, desconfiando de las falsas y seductivas esperanzas con que crean asegurar vuestra servidumbre [...].”

“Observad sobre este particular el manejo de vuestros jefes: decidme si alguna vez han cumplido las promesas, que por una política artificiosa os hacen con tanta frecuencia, y nunca con afecto: comparad esta conducta con la que observa la Excma. Junta de donde emana mi comisión, con la que yo observo y todos los demás jefes, que dependen de mí: nosotros jamás dilatamos cumplir lo que una vez ofrecemos; y por lo regular entre nuestras promesas y su cumplimiento, y jamás os arrepentiréis de confiar en mis promesas. Sabed que el gobierno de donde procedo –insiste Castelli interpretando el pensamiento de Belgrano y la Junta de Buenos Aires– sólo aspira a restituir a los pueblos su libertad civil, y que vosotros bajo su protección viviréis libres, y gozaréis en paz juntamente con nosotros esos *derechos originarios* que nos usurpó la fuerza. En una palabra, la Junta de la capital os mira siempre como a hermanos, y os considerará como a iguales: éste es todo su plan, jamás discrepará de él mi conducta, a pesar de cuanto para seducirlos publica la maldad de vuestros jefes”.

“Ilustrados ya del partido que os conviene, burlad la esperanza de los que intentan el engaño de vuestras comarcas, a fin de consumir el plan de sus evidencias y jamás dudéis -concluye Castelli- que mi principal objeto es libertaros de su opresión, mejorará vuestra suerte, adelantar vuestros recursos, desterrar lejos de vosotros la miseria, y haceros felices en vuestra patria. Para conseguir este fin, tengo el apoyo de todas las provincias del Río de la Plata, y sobre todo es un numeroso ejército, superior en virtudes y valor a ese tropel de soldados mercenarios y cobardes, con que intentan sofocar el clamor de vuestros derechos los jefes y mandatarios del virreynato del Perú. Febrero 5 de 1811.”¹⁰

Conceptos socialmente subversivos y políticamente innovadores que viene ratificados el 25 de Mayo de 1811, “*año segundo de la libertad de Sur América*”, en la Orden Expedida por Castelli a los gobernadores, intendentes y demás autoridades altoperuanas, donde se manifiesta la necesidad de “tomar rápidas medidas contra los abusos introducidos en perjuicio de los indios” a quienes declara “que son acreedores a cualquier destino o empleo que se consideren capaces [...] sea de la clase y condición que fuese, siempre que sus virtudes y talentos los hagan dignos de la consideración del Gobierno” Orden fechada en el “Cuartel General del ejército auxiliar y combinado, de la libertad”.

“Conseguir este fin” para afirmar “*los derechos originales*” no fue posible. Como sabemos, cuatro meses después, la derrota de los patriotas en la batalla de Huaqui (el 20 de Junio de 1811) impide que en el Alto Perú y en la Junta de Buenos Aires pueda salir ganado esa línea política. Como recordaran una vez derrotado Moreno y la Junta Grande, Castelli fue detenido y permanecerá casi un año arrestado y bajo proceso por orden del Primer Triunvirato para morir el 12 de Octubre de 1812. (y, dicho sea de paso, dos días después el Triunvirato hizo celebrar una misa con motivo del cumplea-

10 Juan José Castelli, “A los indios del virreinato del Perú (1811)”, ahora en AAVV. *Textos de la igualdad*, Colección Bicentenario, Biblioteca Nacional, Buenos Aires 2007, pp.13-25 (cursiva mía).

ños del rey Fernando VII. Gana, pues, la línea reaccionaria y, por lo menos hasta Maipú, el problema indígena viene sote-rado abiertamente hasta que se implementaron -después de la independencia- las políticas genocidas del siglo XIX.

En efecto, las sistemáticas expropiaciones típicas del “colonialismo interno republicano” de tierras comunales (de los Ayllu) fue una constante, que culmina en el caso de Bolivia con la Ley de Exvinculación de 1874. Las oligarquías siempre se opusieron a reconocer las históricas peculiaridades socio-jurídicas de los pueblos originarios desde los tiempos de Antonio José de Sucre cuando a partir de 1825 se quiso imponer un tipo de “impuesto igualitario” a todos los bolivianos sobre la base de la propiedad y las rentas, en sustitución del tributo colonial que pesaba sobre los indios.

V.

Punto culminante del etnocentrismo jurídico republicano en la América del Sur es el pensamiento de Juan Bautista Alberdi, quien en su artículo programático del 10 de agosto de 1845 -en vísperas de las elaboraciones para la Constitución de 1853, que es la autorización casi formal para el blanqueamiento definitivo de la futura Argentina republicana- titulado premonitoriamente “Acerca de la acción de la Europa en América”. Se trata de un texto cuyos términos generales siguen sorprendiendo, por lo menos a mí me siguen sorprendiendo enormemente, por la desoladora carga ideológica negativa sobre todo lo que es mestizo americano o autóctono. Sostiene Alberdi: “Los que nos llamamos americanos no somos otra cosa que europeos nacidos en América. Nuestro cráneo, nuestra sangre son de molde europeo. Somos europeos por las razas y por los espíritus, y nos preciamos de ello. A la Europa le debemos todo lo que tenemos, incluso nuestra raza, mucho mejor o más noble que las indígenas, aunque lo contrario digan los poetas, que siempre alimentan la fábula”.¹¹

11 Juan Bautista Alberdi, “La diplomacia de Buenos Aires y los intereses europeos y americanos en el Plata”, en *Obras Completas*, Buenos Aires (8 vols.), 1886-1887, vol. VI, pp.219-266.

Anticipando las indemostrables fabulaciones pseudo-científicas de Osvald Spengler, que culminan considerando “la población mezclada” como la causa de la “decadencia de Occidente”, no sólo en Europa sino también en su tierra, Alberdi denunciaba alarmado, que la gran cuestión de la América del Sur es que “en toda ella prevalece el mal de las poblaciones de color, [donde] han regido y rigen los principios de la legislación civil colonial, que han producido esa población mezclada, y en toda impera la necesidad de regenerarla y transformarla para hacer practicable el gobierno libre [...]”.

Con lo cual no sólo la inmigración proveniente de Europa, para “salvar” a la Argentina, debía ser selectiva (malos los españoles, italianos y franceses; óptimos los ingleses) sino que –como recuerda Oscar Terán citando a Alberdi– hasta se llegaba a la paradoja de invertir el célebre apotegma alberdiano que identificaba gobernar con poblar para sostener que “gobernar sería más bien *despoblar*, limpiar la tierra deapestados, barrer la basura de la inmigración inmundada”.¹²

32 Contradictorio desideratum, anti-igualitario y desintegrador, que además de constituir la guía espiritual al genocidio sistemáticamente realizado en la “campaña del desierto” para “ganar territorios” (que culmina en 1879 cuando Argentina no llega a dos millones de habitantes, que pueblan unos gigantescos espacios de casi tres millones de km²), vendrá aplicado también en la Buenos Aires de comienzos del siglo pasado.

Así lo sostenía nada menos que un hombre culto y progresista como José Ingenieros –uno de los fundadores del Partido socialista– al observar, en ocasión del primer centenario de la Argentina independiente, que afortunadamente en la ciudad de Buenos Aires se había “incrementado de manera aplastante la raza blanca respecto a los pocos *indios* [que ahora] es una verdadera rareza encontrar por las calles”.

Olvidándose de que él y su familia habían nacido en Palermo (en 1877) en uno de los lugares de mayor concentración

12 Oscar Terán, *Las palabras ausentes: para leer los Escritos Póstumos de Alberdi*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004, p.95.

de “población mezclada” del Mediterráneo, Sicilia, síntesis milenaria de todo tipo de mestizaje étnico, religioso y cultural, Giuseppe Ingegneri desprecia la mayor revolución americana que estaba ante sus ojos, la mexicana, la cual dio vida a la Constitución del año 1918, por décadas una de las más avanzadas de Occidente, precisamente porque reconoce nuevos derechos económicos y sociales, incluso a los campesinos indios y mestizo-blancos. Ingenieros la combate con el argumento reaccionario de que la “revolución no se ha propuesto el objetivo esencial de *formar una población nacional de raza blanca*. Sin la cual no hay y nunca habrá nacionalidad alguna.”

El razonamiento era el siguiente: “el territorio de un Estado político no es la nacionalidad; no forman parte de ella todos los habitantes, sino los que presentan homogeneidad social y cultural, unidad de civilización”. Por lo tanto, y nótese bien la peculiar expresión empleada, “*el progreso étnico*”, inigualitario y antidemocrático en su misma configuración étno-social, impone reconocer –explicaba Ingenieros- que “quien dice nación dice raza; unidad nacional no equivale a unidad política sino a unidad de razas”. ¿De dónde venimos? De un enjambre de “hispano-indígenas y de criollos mestizados, dispersos en los suburbios y en las campañas; diverge de su tronco europeo y tiende a barbarizarse”. Son los que impiden “el progreso étnico de los euro-argentinos”, la exigua minoría de “criollos blancos, urbana y europea que ha promovido la independencia política y ha iniciado la formación sociológica de la nacionalidad argentina”.¹³

Pero el colmo, Ingenieros, lo alcanza aplicando su concepción (en la cual la ideología racista desemboca en el “darwinismo social” protagonizado por la supuesta “raza blanca”) nada menos que a Brasil, en un ensayo de 1910, emblemáticamente publicado en ocasión del primer centenario de Argentina, en el cual la hipótesis de la doble inferioridad de los pueblos originarios de América y África viene llevada hasta

13 José Ingenieros, “La formación de la raza Argentina” (1915), en *La evolución de las ideas argentinas (1918-1920)*, 2 Vols., vol.II, Editorial Futuro, Buenos Aires 1961, p.339-344 (cursiva mía).

sus últimas consecuencias: se trata de *La evolución sociológica argentina: de la barbarie al imperialismo*.

Habiéndose afortunadamente establecido en Argentina una evidente preponderancia étnica blanca (y relativo dominio respecto a las otras razas inferiores) la nación así blanqueada habiendo superado definitivamente “*la barbarie*” de los pueblos originarios y de los negros descendientes de los esclavos, estaba históricamente destinada –supone elucubrando Ingenieros– a ejercer una nueva hegemonía: “*el imperialismo argentino*” hacia/contra sus vecinos, comenzando por el que consideraba étnicamente más débil, Brasil. “Puesto que la raza negra se opone al progreso y dado que en Brasil lo que es Negro y Mestizo es todavía lo más común, no puede aspirar a la hegemonía respecto a países como el nuestro en el cual lo negro es una mera curiosidad puesto que Argentina se ha liberado de las razas inferiores, donde el exiguo resto de indígenas está refugiado en territorios que de hecho son ajenos [sic] al país; recuérdese –concluye jactándose Ingenieros– que recientemente los señores Root, Ferrero, France, Ferri y Bryan se han sorprendido de no haber visto negros entre el millón y pico de habitantes de la ciudad de Buenos Aires.”

Para la suerte y el advenir del “*progreso étnico*” en el continente americano, y la consolidación de la alianza de civilizaciones y los derechos, no sólo en Brasil han felizmente (y a pesar de todas las violaciones que han padecido) sobrevivido y se han extendido las etnias de origen africano con sus relativas culturas en cruce y sinergia con todas las otras, sino que la “población mezclada” que proviene de Hispanoamérica se ha vuelto en los propios Estados Unidos de Norteamérica algo así como el segundo país de habla hispana del mundo (después de México) con alrededor de 45 millones de personas cuyo voto –sea dicho subrayando la extraordinaria novedad del caso– ha sido determinante para la victoria electoral del primer presidente mulato, el afro-angloamericano Barack Obama a la presidencia de la (todavía) primera potencia mundial. Ello constituye, por las muchas implicaciones que ello va a tener, un formidable precedente para la expansión de las

diversidades étnicas que componen Iberoamérica y el futuro de sus *“identidades en democracia”*, de sus culturas mestizadas y sus derechos. La proporción de habitantes de origen latino en los USA que ya era del 12.5 por ciento en el 2000, va a llegar –calculan los investigadores- al 20 por ciento en 2020 y al 30 en 2050. Además, a partir de este año y tal como las estadísticas lo indican en el caso emblemático de Brasil, el país más poblado de Suramérica, el 51 por ciento de la población es y probablemente será para siempre mestiza.¹⁴

VI.

Quiero terminar con lo que fue el comienzo de estas reflexiones, cuando hablé de las leyes llamadas de Burgos, de la conversión de Bartolomé de las Casas a defensor de los indios, y la base demográfica-política de la composición social de estas identidades americanas, recordando que el 21 de diciembre de 1511, Pedro de Córdoba y Bernardo de Santo Domingo, por voz de Antonio de Montesino, hicieron el famoso sermón de denuncia del genocidio indígena. Con ese gesto, de enorme relevancia, se instalan las bases de este cambio radical de paradigma cultural y jurídico que yo trato de rescatar, de la larguísima duración en la historia de la construcción de los derechos que -a mi modo de ver- culmina con las actuales, importantísimas constituciones de Bolivia y Ecuador.

Después de tantos siglos de forzado y culpable olvido reconocamos en todo su valor, y volvamos a escuchar aquí, las valientes y fecundas palabras de Montesino siguiendo el testimonio directo que nos dejó Bartolomé de Las Casas que las evoca años después de su “conversión” a la causa de los derechos humanos ocurrida en el año 1514.

«Llegado el domingo y la hora de predicar, subió en el púlpito el padre Fray Antón Montesino, y tomó por tema y

14 Confirmando lo que sostengo respecto a la larga duración histórica, fueron prevaleciendo los cruces originados por los descendientes de africanos. Recuérdese, por su valor emblemático, un dato: en 1823 en Brasil había alrededor de 3.900.000 habitantes de los cuales 1.100.000 eran negros y mulatos esclavos.

fundamento de su sermón, que ya llevaba escrito y firmado de los demás [frailes predicadores]: *Ego vox clamantis in deserto*. Hecha su introducción y dicho algo de lo que tocaba a la materia del tiempo del Adviento, comenzó a encarecer la esterilidad del desierto de las conciencias de los españoles desta isla y la ceguedad en que vivían; cuánto peligro andaban de su condenación, no advirtiendo los pecados gravísimos en que con tanta insensibilidad estaban continuamente zabullidos y en ellos morían. Luego torna sobre su tema, diciendo así: *“Para os los dar a cognoscer me he sobido aquí [en el púlpito], yo que soy voz de Cristo en el desierto desta isla, y por tanto, conviene que con atención, no cualquiera, sino con todo vuestro corazón y con todos vuestros sentidos, la oigáis; la cual voz os será la más nueva que nunca oísteis, la más áspera y dura y más espantable y peligrosa que jamás no pensasteis oír”*. Esta voz encareció por buen rato con palabras muy pugnativas y terribles, -recuerda Las Casas- que les hacía estremecer [a los encomenderos] las carnes y que les parecía que ya estaban en el divino juicio. La voz, pues, en gran manera, en universal encarecida, declaróles cuál era o qué contenía en sí aquella voz: *“Esta voz, dijo él, que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen ánimas racionales? ¿No sois obligados a amallos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico dormidos? Tened por cierto, que en el estado que estáis nos os podéis más salvar que los*

moros o turcos que carecen y no quieren la fe de Jesucristo”.

Finalmente -recordaba con admiración profunda Las Casas-, “de tal manera se explicó la voz que antes había muy encarecido, que los dejó atónitos, a muchos como fuera de sentido, a otros más empedernidos y algunos algo compungidos, pero a ninguno, a lo que yo después entendí, convertido. Concluido su sermón, bajase del púlpito con la cabeza no muy baja, porque no era hombre [Montesino] que quisiese mostrar temor, así como no lo tenía, si se daba mucho por desagradar los oyentes, haciendo y diciendo lo que, según Dios, convenir le parecía; con su compañero vase a su casa pajiza, donde, por ventura, no tenían qué comer, sino caldo de berzas sin aceite, como algunas veces les acaecía. El salido, queda la iglesia llena de murmuero, que, según yo creo, apenas dejaron acabar la misa»¹⁵

El recuerdo de esa jornada y de sus enseñanzas deben guiarnos para que el año que viene, en ocasión de los quinientos años del sermón de Montesino, seamos cada vez más conscientes de que la lucha por la memoria y la identidad, por “el derecho y la justicia” de los pueblos originarios, y de los mestizajes que han generado, es nuestro desafío cultural y político.

15 “*Ego vox clamantis in deserto*”. Sermón pronunciado por fray Antonio de Montesino el cuarto domingo de adviento de 1511 y firmado por todos los miembros de su orden ahora en *Historia de las Indias* de Bartolomé de las Casas, Tomo II, Libro Tercero, Cap. IV (el destacado es mío). Sobre Pedro de Córdoba, Bernardo de Santo Domingo y Antonio Montesino, los primeros frailes en la “isla Española, situada en mar de las Indias para fundar conventos y predicar la palabra de Dios” remito al reciente ensayo que valoriza definitivamente a los dominicanos de Luisa Campos Villalón, *Pedro de Córdoba, precursor de una comunidad defensora de la vida*, Ediciones los libros del amigo, Santo Domingo, 2008 y al trabajo precursor de Juan Manuel Pérez, *Estos, ¿no son hombres?*. Fundación García Arévalo, Santo Domingo, 1984 así como el ensayo de Miguel A. Medina, *Doctrina cristiana para instrucción de los indios*. Redactada por Fr. Pedro de Córdoba, O.P. y otros religiosos doctos de la misma orden. (México 1544-1548), Editorial San Esteban, Salamanca 1987.

LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL MARCO DE LAS NUEVAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS: LA INCLUSIÓN DE LA PERSPECTIVA AMBIENTALISTA¹

Silvina Ramírez

I. Las Constituciones como traductoras de sociedades diferentes

El objetivo de esta presentación es analizar las nuevas constituciones latinoamericanas -Constituciones de Bolivia y Ecuador (La constitución ecuatoriana fue aprobada en septiembre de 2008, y la constitución boliviana en enero 2009)- a la luz de los nuevos derechos de los Pueblos indígenas receptados por ellas, y de las consecuencias que se desprenden de la protección y garantía de ese conjunto de derechos cuando se le suma la perspectiva ambientalista.

Las nuevas Constituciones de Ecuador y de Bolivia significan -sin lugar a dudas- un punto de inflexión en todo lo que atañe a la conceptualización de los derechos indígenas. Por supuesto, también lo es la nueva herramienta internacional con la que contamos a partir de 2007: la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que ha receptado de un modo más ambicioso los Derechos de los Pueblos indígenas y constituye un paso adelante con respecto al ya clásico Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante Convenio 169 de la OIT).

Sin embargo, considero que en las Constituciones de

¹ Presentación realizada en el *I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas* celebrado en noviembre de 2009 en la Ciudad de Buenos Aires.

Ecuador y de Bolivia es donde se marcan con mayor claridad las diferencias con las viejas constituciones latinoamericanas; viejas y aún hoy vigentes como la de Argentina, pero que notablemente hacen esfuerzos -desde una lectura interpretativa- por cambiar de paradigma, tanto desde la teoría como desde la práctica. Un paradigma, hoy vigente en la mayoría de los Estados latinoamericanos, que se estructura sobre una concepción de sociedad basada, fundamentalmente, en la defensa de los derechos individuales -una **concepción liberal de la sociedad**-, lo que nos lleva a la construcción de Estados democráticos e igualitarios pero pensando el principio de igualdad desde una perspectiva que frente a las demandas, a los reclamos y a los nuevos perfiles que están asumiendo los Estados interculturales, es insuficiente.

La formulación del principio de igualdad “tratar a todos con igual consideración y respeto” -la vieja formulación clásica de los liberales- no puede hacer frente al desafío de receptar, dentro de lo que es el propio perfil de Estado, una **concepción de sociedad no sólo basada en derechos individuales, sino también en derechos colectivos**. Se vuelve necesario, entonces, reconceptualizar el principio de igualdad, concibiéndolo como emancipación, como un instrumento, como una herramienta, como una carta de navegación que nos permita jerarquizar, en niveles de importancia, los diferentes derechos que hoy contienen nuestras cartas constitucionales.

En ese mismo sentido, un principio de igualdad con un contenido más ambicioso debe incorporar la diferencia como uno de los elementos centrales, y la forma de contenerla sin que esto signifique vulnerar la dignidad del ser humano y el respeto que se le debe como tal.

Un principio de igualdad así concebido sumado a una concepción robusta de los derechos colectivos, y una presencia permanente de los derechos indígenas en las nuevas constituciones (principalmente la Constitución de Bolivia, en donde la incorporación de los derechos indígenas es transversal) es lo que nos permite avizorar un estado de situación que se encuentra en permanente cambio, un pro-

ceso dinámico que incide en las propias raíces de aquellos Estados coloniales que aún hoy subsisten.

II. Perspectiva Ambientalista

Desde esta perspectiva, existe una concepción de sociedad distinta que se traduce en un Estado cuyo perfil está transformándose, y que se refleja en una nueva carta constitucional. Como segunda idea de esta recepción de nuevos derechos es que esta realidad diferente incorpora fuertemente una perspectiva ambientalista.

Pueden citarse múltiples debates y reflexiones sobre los alcances de la perspectiva y la mirada ambientalista -hasta aquella sostenida en lo que se conoce como "ecología política"-, que tienen lugar actualmente, también desde la perspectiva teórica, en nuestras propias realidades latinoamericanas. Las nuevas constituciones -tanto la ecuatoriana como la boliviana- le dedican un espacio relevante a los que ahora son llamados "bienes comunes naturales", para diferenciarlos -al menos en la terminología- de los que llamamos "recursos naturales"; precisamente para evitar la idea de apropiación, intrínseca al concepto de "recursos naturales", entendiendo que los bienes comunes naturales son de todos, al igual que los derechos ambientales y reivindicando asimismo una cosmovisión indígena colectiva o comunitaria.

Colocar en un plano central a la naturaleza es parte de las demandas y de la propia cosmovisión indígena, que no entienden su vida sino en pleno contacto con ella, porque su relación va mucho más allá de un mero aprovechamiento de lo que puede ofrecerle en términos de comida, o cobijo, sino que también tiene un fuerte contenido espiritual que atraviesa todo lo que los pueblos indígenas consideran como valiosos.

Ambas constituciones incorporan un abanico y una multiplicidad de derechos que se refieren a la tierra y al territorio, al que llaman todavía "recurso natural". Por ejemplo, la Constitución de Ecuador -sin agotar la lista de derechos que incorpora-, es una Constitución muy densa en derechos y muy am-

biciosa, se refiere a los derechos del buen vivir que incluyen el derecho al agua, el derecho al acceso a alimentos sanos, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; dentro de lo que son derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades habla de los derechos colectivos de la propiedad, de las tierras comunitarias; derecho al uso, usufructo, conservación y administración de los recursos renovables; y habla también de los derechos de la naturaleza.

Indiscutiblemente, un cambio notable en el paradigma constitucional ecuatoriano lo representa la inclusión de los derechos de la naturaleza, cuando la misma naturaleza se convierte en sujeto de derecho; se consigna claramente el respeto integral de su existencia y su derecho a la restauración si ésta ha sido afectada. También se menciona el régimen de desarrollo; la nueva constitución habla de la biodiversidad y recursos naturales; habla de la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados, y de la soberanía alimentaria. Esta referencia permanente y relevante a la naturaleza, al hábitat, al ambiente equilibrado, etc., configura un “giro biocéntrico o eco-territorial” que desplaza al ser humano como el centro de los derechos, y con este desplazamiento la concepción de que lo único que importa es la existencia y defensa de los derechos individuales.

La Constitución Ecuatoriana refleja un avance en el cambio de paradigma, pero desde mi consideración -y en relación a los derechos de los Pueblos originarios- este cambio no se presenta con la misma intensidad que la Constitución Boliviana. La Constitución ecuatoriana regula una multiplicidad de derechos notables por su diversidad y detalle en su inclusión, e incorpora acciones para su protección que la convierten en extremadamente garantista. Pero al menos desde su lectura, análisis e interpretación no alcanza a romper con la clásica matriz liberal. Por el contrario y como ya apuntamos, la Constitución Boliviana incorpora transversalmente los derechos de los Pueblos indígenas en cada uno de sus apartados, y tiene la pretensión de introducir también algunas nuevas instituciones, que si bien siguen el modelo occidental, presentan

algunas características que las diferencian, tal como lo es el Tribunal Constitucional Plurinacional. Incluye los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos; su titulación colectiva de tierras y territorios; vivir en un medio ambiente sano, el manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales de sus territorios. Se refiere también al medio ambiente, a los recursos naturales, a la tierra y territorios. Sólo a modo de ejemplo y para dar una idea de lo relevante que se ha convertido el ambiente y el hábitat, para nuestros Estados y para estos nuevos Estados que quieren transformar una realidad.

Sin lugar a dudas, considero que “los bienes comunes naturales” constituyen una de las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas; principalmente cuando actualmente se encuentran amenazados por las empresas trasnacionales, que se han convertido en nuevos actores emergentes entre el Estado y los Pueblos indígenas; su importancia se manifiesta en las graves consecuencias de la deforestación, la tala de bosques, la explotación de petróleo, las explotaciones mineras. Entonces, el ecosistema como tal se convierte en un nudo temático importante, transversal y central, al que debe prestarse especial atención.

La situación es compleja, y la relación con el Estado es tramposa, porque si bien la normativa internacional exige de estudios de impacto socio-ambientales, como es el propio Estado el que concede las licitaciones los informes pueden ser sesgados. Por ello, también existen informes alternativos que desde la sociedad civil intentan aportar un marco de objetividad y seriedad que complemente –o clarifique– los informes oficiales.

Tanto la Constitución Ecuatoriana como la Constitución Boliviana representan lo que se llama “el nuevo constitucionalismo latinoamericano”; ambas traducen los vínculos estrechos existentes entre el mundo indígena y el mundo de la naturaleza. Respecto de la relación específica que tienen los Pueblos indígenas con la tierra y el territorio, a riesgo de

distorsionar algunos aspectos, me animo a hacer una generalización: cuando hablamos de Pueblos indígenas nos referimos, por ejemplo, al Pueblo Aymara, al Quechua, al Wichí, al Toba, al Mapuche; muchos de esos pueblos tienen también numerosas diferencias en su lengua y en su organización interna, así como diferencias culturales. Pero si hay algo que creo significa un punto de encuentro -si hay un aspecto que los hermana aún más-, es su relación específica y profunda con la tierra, el agua, los ríos, la naturaleza viviente.

Lo que se genera en la actualidad -y está pendiente de profundizarse- es una “alianza astuta” entre los movimientos indígenas y sus reivindicaciones, con sectores contemporáneos de la demanda social que están expresados en aquellos que reclaman por un medio ambiente sano. Las políticas ambientalistas, entonces, se van cruzando con los reclamos de los pueblos indígenas. Es interesante repensar esta alianza, porque puede dar muchos frutos para el futuro. El discurso indígena, sin lugar a dudas, también ha provocado una resignificación del discurso ambiental. Ambos discursos se van enriqueciendo mutuamente. En realidad, ya lo decían los ambientalistas y algunos referentes de la ecología política de los años 60, como Murray Bookchin, quien ya hablaba de sustituir “la desigualdad entre iguales por la igualdad entre desiguales”. Dado que los intereses que atraviesan hoy la propiedad de la tierra y los bienes naturales comunes, “juntar fuerzas” se convierte en una necesidad imperiosa que pretende hacer frente a los grandes intereses económicos, los inmensos negocios, que están por detrás de su explotación, y con ella el despojo de los Pueblos indígenas y el deterioro fatal del ecosistema.

Se van gestando, entonces, modelos de desarrollo que son totalmente distintos a los hasta hoy implementados y que se presentan como una alternativa a las sociedades tecno-industriales. En ese sentido, lo que es una veta que se está explorando fuertemente desde los Pueblos indígenas es el desarrollo con identidad y libre determinación; la posibilidad de construir desde un territorio propio las condiciones que mejoren la calidad de vida, respetando cultura y tradición.

Indudablemente, para impulsar una estrategia de desarrollo propia se necesita de poder político. Así, los Pueblos indígenas han tenido que constituirse en interlocutores frente al Estado, consolidando su presencia política y posicionándose como sujetos colectivos de derechos, justamente frente a esta arremetida de las empresas transnacionales y la explotación indiscriminada de sus propios recursos, con complicidad de los mismos Estados que discursivamente dicen defenderlos.

III. Nuevos instrumentos jurídicos

En ese sentido se van construyendo -lo que me parece destacable para volver a pensar en los movimientos constitucionales- nuevos instrumentos jurídicos que puedan limitar “la voracidad” de los modelos neoliberales. Es decir, el escenario en el que se configuran nuevas herramientas es aquel en que las organizaciones políticas se presentan como sujetos políticos que van profundizando sus demandas. Los instrumentos clásicos de protección que contemplan las constituciones de la década del 90 -en la “segunda ola” reformadora de constituciones- incorporan la acción de amparo, la acción de hábeas corpus, la acción de acceso a la información, la acción de hábeas data. En las nuevas constituciones se complementan con el desarrollo de otros instrumentos jurídicos pensados para la protección de estos nuevos derechos; esos derechos que tienen tanta vinculación con la defensa de la tierra, el territorio y los bienes comunes naturales. Las nuevas constituciones no sólo profundizan su rol garantista sino que se dotan de herramientas que se conjugan con los derechos contemplados para poder asegurar su efectividad.

En la Constitución de Ecuador encontramos la acción de protección; la acción de incumplimiento -cuando el Estado incumple las sentencias, por ejemplo, de los Tribunales Internacionales o del Sistema Interamericano de Derechos Humanos-, y la acción extraordinaria de protección. Por otra parte, la Constitución de Bolivia contempla la acción de amparo constitucional; la acción de cumplimiento -que es simi-

lar a la acción por incumplimiento que sostiene la Constitución ecuatoriana-; y la acción popular, específicamente para problemas que involucren el medio ambiente y el deterioro del medio ambiente.

Respecto a este tipo de instrumentos jurídicos, creo que todavía no está claro cómo son trasladables a la práctica. Todavía es prematuro realizar una evaluación de la marcha de estas nuevas constituciones frente a lo que pueda ocurrir en realidad, en otras palabras no es posible hoy adelantar algún criterio sobre el poder transformador de las nuevas constituciones. Ha pasado poco tiempo, tanto desde la aprobación de la Constitución Ecuatoriana como de la Constitución Boliviana, para que pueda decirse "esto funciona efectivamente". Sin embargo, me parece -quiero rescatarlo y puntualizarlo- que esto significa, sin lugar a dudas, un esfuerzo importante para provocar cambios sustantivos. Transformaciones que se dan teóricamente en la teoría constitucional, pero que tienen la pretensión de provocar cambios profundos tanto en los modelos estatales como en la calidad de vida de los Pueblos indígenas.

Es por de más evidente que los modelos neoliberales han agotado la posibilidad de dar respuesta a las demandas de los Pueblos indígenas; que la globalización indudablemente conduce a situaciones de pobreza de las mayorías; y que las sociedades tecno-industriales -tal como se las llamaba en la década de los 60 y 70, pero vigentes hoy cuando se requiere cada vez más industrialización, al costo del socavamiento de los recursos naturales- tienen que ser frenadas, al menos con alternativas y nuevos modelos de desarrollo.

En ese sentido, debemos reflexionar, repensar y volver a imaginar, desde la teoría constitucional, nuevas categorías que puedan dar respuestas a la protección efectiva de estos derechos. Desde una perspectiva teórica las nuevas Constituciones Ecuatoriana y Boliviana traducen un avance en este campo. Como precisamente es un compendio de derechos tan ambicioso y pretencioso, no sabemos exactamente cómo va a bajarse a tierra este caudal, este volumen, este conjunto de derechos. Sin embargo, también estas propias constituciones

tienen herramientas pensadas para la protección efectiva.

Lo que se requiere con urgencia es la transformación profunda de los Estados, para que éstos puedan dar cauce a las demandas de los Pueblos indígenas. Tal cual hoy conocemos la institucionalidad estatal, ésta es muy insuficiente para poder dar esas respuestas. Creo que ambas constituciones nos permiten ser optimistas frente a una realidad que cada vez se vuelve más represiva frente a los Pueblos indígenas -a sus derechos y sus demandas-, y a la relación que tienen con su hábitat, medio ambiente, tierra y territorios. Ojalá sea posible reconceptualizar, resignificar y potenciar esta alianza entre aquellos que sostienen una mejor calidad de vida amparados en el discurso ambientalista y de ecología política, y los que lo hacen con discursos sostenidos desde las organizaciones y movimientos indígenas, y de aquellos que compartimos la lucha por los derechos de los Pueblos indígenas desde hace muchos años.

IV. Problemas y desafíos

Más allá de la importancia que hoy adquieren para el análisis las nuevas constituciones latinoamericanas, éstas no están exentas de problemas y comparten algunos con las “viejas” constituciones vigentes. No es posible soslayar que esta multitud de derechos receptada debe ser garantizada, en el caso de que los derechos sean vulnerados deben darse en la práctica los mecanismos necesarios para dotar a la situación de algún remedio.

Si bien, como hemos señalado, las constituciones contemplan herramientas de protección, no sabemos aún si éstas se mostrarán suficientes en el caso concreto. En otras palabras, en un sistema de administración de justicia deficiente, poco creíble y moroso nada nos asegura que éste va a asegurar la defensa de los derechos constitucionales. En ese sentido, no deja de ser un problema “cargar” a la justicia con un mayor volumen de trabajo cuando no puede actualmente ocuparse del que está pendiente.

Por otra parte, otro de los graves problemas que padece

nuestra justicia es la ejecutoriedad de las sentencias, y no sólo en los casos de vulneración de derechos de los Pueblos indígenas. Lamentablemente, es muy difícil garantizar en la actualidad que las decisiones de los jueces sean respetadas por los organismos pertinentes, por lo cual aunque éstos fallaran “de acuerdo a derecho”, tampoco puede asegurarse que finalmente el contenido de las sentencias serán respetadas, lo que constituye no sólo una fuente de preocupación sino de debilidad del mismo sistema.

Pero lo que hoy conforma, a mi entender, el mayor desafío de las nuevas constituciones a la vez que su talón de Aquiles es la defensa irrestricta del medio ambiente (y lo que ello comprende, algo de lo que hemos adelantado en los apartados anteriores) conviviendo con un modelo de desarrollo incompatibles con esta defensa.

Para mayor claridad, lo que quiero afirmar es que tanto el Estado Ecuatoriano como el Estado Boliviano sostienen un modelo de desarrollo que está ligado necesariamente con las actividades extractivas. En el caso de Ecuador la tensión es evidente, el enfrentamiento con las organizaciones indígenas es cada vez más preocupante, y sin profundizar en el contexto político dado que excede el tema de esta charla, las diferencias internas entre aquellos que sostienen (Presidente del Estado incluido) que se deben explotar las riquezas y los Pueblos indígenas han llegado a posiciones prácticamente irreductibles.

El caso de Bolivia es aún más complejo, porque el Presidente indígena en cierta manera transforma al Estado también en indígena. La nacionalización de los recursos puede ser una forma aceptable y deseable de distribución de la riqueza, pero esa riqueza debe ser explotada antes de ser socializada, por lo cual nos encontramos ante la encrucijada de “defender la pachamama”, o por el contrario “violentarla”, extrayendo sus recursos para superar estados de pobreza. El dilema así está planteado.

Es de esperar que estos Estados y sus constituciones “protectivas” encuentren un camino de equilibrio para superar este dilema (que lamentablemente creo que no es de aquellos

“falsos dilemas”), y en su caso poder compartir los bienes comunes naturales sin atentar contra la naturaleza, buscando un modo de aprovechamiento racional. Pero lo cierto es que conceder licitaciones a empresas transnacionales es jugar con fuego, dado que no está claro como luego podrán establecerse límites y conjugar la necesidad de obtener recursos económicos con una defensa de la tierra, el territorio y el hábitat que no comprometa a futuro.

V. Algunas ideas finales

Empezamos a transitar un camino que supera los cambios constitucionales y que nos obliga a construir un nuevo pensamiento, en donde podamos abandonar discursos eurocéntricos con una fuerte carga individualista para empezar a reflexionar sobre cómo formular un discurso descolonizador, que contribuya a conformar genuinos Estados igualitarios.

Simultáneamente es preciso también provocar cambios radicales no sólo de normativas sino también de prácticas. Indudablemente las Constituciones de Ecuador y Bolivia representan un inicio de transformación en un escenario muy distinto al que estamos habituados y muy complejo.

Argentina se encuentra hoy muy lejos de esos escenarios y esos cambios. Aunque la reforma constitucional de 1994 fue importante para los Pueblos originarios, ya que aportó herramientas que antes no existían, no deja de ser deficiente y totalmente insuficiente en el escenario actual. Si bien se complementan con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, ambas herramientas vigentes en el derecho argentino, lo cierto es que existe un incumplimiento notorio de lo que allí se encuentra dispuesto.

Los festejos del bicentenario han provocado, al menos, la inclusión de los Pueblos originarios en el horizonte de la preocupación. Es de esperar que esta celebración de un Estado que durante 200 años los excluyó y marginó consistentemente (y que hoy los excluye y los margina), pueda empezar a

cambiar su mirada, empujado también por las nuevas realidades existentes en el propio continente.

De lo que se trata entonces es de construir nuevos Estados, respetuosos de la diversidad, inclusivos, que respeten “al otro” y que puedan garantizar que la igualdad no sólo es discursiva sino que se refleja en acciones y prácticas concretas. Esa es la principal deuda del Estado Argentino con los Pueblos originarios, y sería deseable que pueda compensar la injusticia histórica que forma parte indiscutiblemente de un “pecado de origen”, inescindible de su génesis.

DE LA TUTELA INDÍGENA A LA LIBRE DETERMINACIÓN DEL DESARROLLO, PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO¹

Raquel Z. Yrigoyen Fajardo

Introducción

Los derechos de decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado hacen parte de un *corpus* de derechos colectivos enmarcado en nuevos principios de relación entre los estados y los pueblos indígenas, los cuales rompen con la tradición tutelar anterior. Antes de este nuevo marco de derechos, los estados consideraban que los territorios donde habitaban pueblos originarios, y los pueblos mismos, estaban bajo su dominio y tutela y, por ende, bajo su sola decisión. De ahí las políticas de asimilación, integración forzosa e, incluso, de desaparición física y cultural que caracterizaron eras pasadas.

Este nuevo *corpus* de derechos indígenas ha quedado establecido, y es vinculante, a partir de la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes en

51

1 Una primera versión de este texto ha sido publicada bajo el título “Sobre los derechos de participación, consulta y consentimiento” en Sánchez, Esther (2009): *Consulta Previa. Experiencias y aprendizajes*. Bogotá: ANH, Instituto Colombiano de Antropología e Historia y Ministerio de Minas y Energía, pp.101-140. Este texto complementa el artículo de la misma autora (2009): “Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación -A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam” en Ob. Cit. pp. 269-287.

1989² y los cambios constitucionales desatados en la última década del s. XX en la región. Este convenio se ha enriquecido y desarrollado además con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada en septiembre de 2007.³

En lo procesal, estos derechos obligan a los estados a no tomar decisiones que puedan afectar a los pueblos indígenas mientras no se implementen procesos de diálogo, participación y consulta previa. En lo sustantivo, los estados quedan obligados a respetar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus formas de vida e integridad. En el caso de proyectos de desarrollo, en particular, están obligados a priorizar el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas de acuerdo a su propia visión de desarrollo.

De acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU, los derechos de participación y consulta se aplican a todo tipo de campos en los que el Estado va a adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectar a los pueblos originarios. Esto es, en el campo económico, social, político, cultural, educativo, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. Ningún campo queda exento.

Ahora, si bien estos derechos deben aplicarse a todo tipo de materias en la relación entre estados y pueblos indígenas, el tema es particularmente álgido cuando se trata de la realización de actividades extractivas en territorios indígenas.

Hay dos asuntos centrales que se ponen en cuestión en torno al acceso a recursos naturales en territorios indígenas.

- De un lado, las necesidades y demandas energéticas que provienen del modelo de desarrollo que asume el Estado o gobierno de turno en un contexto de mercado energético global; demandas que generan una presión por el acceso y explotación de recursos naturales que se encuentran en territorios indígenas.

2 En adelante, Convenio 169 de la OIT.

3 En adelante, Declaración ONU.

- Y, de otro, el derecho de los pueblos indígenas a definir sus prioridades y modelo de desarrollo, el derecho a su territorio y, en última instancia, el derecho a su existencia e integridad física y cultural como pueblos; derechos que pueden verse afectados por las actividades extractivas.

Del derecho de los pueblos originarios de existir de una determinada manera es que se deriva la obligación del Estado de crear los espacios para que tales pueblos puedan participar en las políticas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar y de consultarles antes de la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas.

Estos derechos, consagrados en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración ONU, tienen diferentes desarrollos en cada país, tanto en lo que toca a la adecuación normativa interna, la implementación institucional en las políticas públicas, la protección jurisdiccional, el ejercicio efectivo por los pueblos indígenas y el cambio en la cultura jurídica. Un balance general de los mismos en la región arroja lo que el Relator Especial para las libertades y derechos indígenas ha llamado “la brecha de implementación”.

53

El presente documento busca anotar algunos elementos del balance de implementación, pero fundamentalmente retos y recomendaciones para la aplicación efectiva de tales derechos. Este documento tiene un objetivo propositivo. Está orientado a facilitar herramientas para la comprensión y aplicación de los derechos referidos, tanto para agentes estatales, dirigentes indígenas como incluso empresas o terceros que hacen algún tipo de intervención en territorios indígenas.

I. Elementos Conceptuales

¿Cómo se identifica a los pueblos indígenas?

En el derecho internacional se identifica a los pueblos indígenas por dos elementos objetivos y uno subjetivo, como se desprende del Convenio 169 de la OIT. Los elementos objetivos se refieren a un hecho histórico y a un

hecho actual. El elemento subjetivo es la autoconciencia de la identidad, la que vincula ambos hechos (el histórico y el actual).

Se identifica como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descenden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (hecho histórico) y que en la actualidad conservan en todo o en parte sus instituciones sociales, políticas, culturales, o modos de vida (vigencia actual). El criterio subjetivo se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena, esto es, que descenden de pueblos originarios y que tienen instituciones propias.

El Convenio 169 de la OIT en su artículo 1 señala que se aplica “a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el **hecho de descender** de poblaciones que habitaban el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, **conservan** todas **sus propias instituciones** sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, y “La **conciencia de su identidad** indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (artículo 2).

¿Cuáles son las fuentes de los derechos indígenas?

Considerando el derecho internacional⁴, las fuentes del mismo son los instrumentos internacionales (los tratados ratificados por un Estado hacen parte del derecho convencional), el derecho consuetudinario internacional, los principios generales del derecho, la jurisprudencia de instancias internacionales y la doctrina de juristas reconocidos.

De otro lado, hay un desarrollo significativo de los derechos

4 Guíándonos por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Artículo 38), cabe considerar como fuentes del derecho internacional las que siguen: a. las **convenciones internacionales**; b. la **costumbre internacional**; c. los **principios generales de derecho**; d. las **decisiones judiciales y las doctrinas** de los publicistas de mayor competencia.

indígenas en la región a partir de los casos vistos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hay importantes decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollan los derechos indígenas integrando tanto el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989, como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, su propia jurisprudencia e incluso recomendaciones del Relator Especial sobre las libertades y derechos fundamentales de los indígenas. Si bien estas decisiones son vinculantes para los casos concretos, las mismas marcan la pauta de por dónde irá la jurisprudencia de la Corte en casos afines.

Igualmente, se ha ido desarrollando una doctrina progresiva a partir de las recomendaciones de órganos no-jurisdiccionales, como la Comisión Interamericana, el mencionado Relator Especial, y de órganos cuasi-jurisdiccionales como los mecanismos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La Corte Interamericana ha considerado como parte del derecho consuetudinario internacional algunos derechos indígenas, como el derecho a gozar de su propia vida cultural, entre otros.

En cuanto al derecho interno, la fuente más importante la constituyen las constituciones de la región, las cuales han incorporado un importante *corpus* de derechos indígenas. Estos derechos hacen parte del bloque de constitucionalidad y pueden ser objeto de garantías constitucionales para su protección.

Casi todas las constituciones de la región prevén mecanismos para integrar o interpretar sus normas a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos, debiendo buscar su armonización. En gran parte de los países de la región, las cortes o tribunales constitucionales han afirmado que los tratados de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad (Bolivia, Colombia, Perú, etc.), por lo que el Convenio 169 de la OIT queda bajo el amparo de las garantías constitucionales. Si las normas del derecho internacional fuesen más progresivas que las normas constitucionales, cabría interpre-

tar éstas a la luz de las normas más progresivas. Si normas de carácter infraconstitucional negasen o restringiesen derechos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, priman estas últimas. Cabe anotar que, en todo caso, es de aplicación el principio pro-homine o pro-indígena, por el cual rigen las normas o incluso acuerdos nacionales (sin importar el rango) que ofrezcan más derechos y ventajas a los pueblos indígenas, como establece el art. 35 del Convenio 169 de la OIT.

Es importante subrayar este punto porque usualmente son normas de carácter infraconstitucional las que restringen los derechos indígenas, no siendo dable que el Estado se justifique en su legislación interna para incumplir un tratado internacional (ya sea porque no ha hecho la adecuación respectiva, o porque sus normas secundarias no reconocen o regulan tales derechos).⁵ Y, en todo caso, siempre son de aplicación las normas más progresivas.

II. ¿Cuál es el fundamento de los derechos de participación, consulta y consentimiento?

56

Los derechos de participación, consulta y consentimiento se fundan en el principio de que los pueblos indígenas tienen igual dignidad a todos los pueblos y culturas, y tienen igual capacidad que todos los pueblos para controlar sus instituciones y determinar libremente sus formas de vida y modelo de desarrollo.

Este principio sienta nuevas bases para la relación entre el Estado y los pueblos indígenas, las que permiten superar el modelo de tutela indígena basado en la ideología colonial de la minoridad o incapacidad indígena.

Para comprender mejor el fundamento de estos derechos es útil una mirada diacrónica de los cambios producidos en los principios de la relación Estado-pueblos indígenas. De ahí

5 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 (en vigor desde 1980). Artículo 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...).

que en este punto sea necesario un rápido repaso histórico desde la *tutela* de raíz colonial que partía de la minoridad indígena, hasta el derecho de los pueblos a determinar libremente su modo de vida, basado en la igual dignidad de los pueblos y culturas.⁶ Cabe subrayar que las líneas explicativas aquí seguidas, fundamentalmente, persiguen los cambios producidos en el marco normativo y las políticas públicas adoptadas por el Estado. Ello no pretende obviar -aunque no es materia que desarrolla este texto- los procesos sociales y políticos desatados por las luchas de los pueblos indígenas, contexto en el que se dan los cambios normativos.⁷

La herencia colonial sobre la “incapacidad” y tutela indígena

Por el hecho colonial los pueblos originarios quedaron en una posición política subordinada, en permanente situación de despojo territorial y bajo condiciones de explotación económica. Tal situación fue justificada *a posteriori* mediante la construcción colonial de la ideología de la “inferioridad natural de los indios”, de base aristotélica. El derecho se encargó de perennizar tal ideología, echando mano de categorías castellanas medievales, por lo que los *indios* fueron definidos jurídicamente como “menores, rústicos y miserables”.⁸ Con-

6 Véase: Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006): “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en Berraondo (coord.): Pueblos indígenas y derechos humanos. (pp. 537-567).

7 Igualmente, la explicación que sigue hace énfasis en los procesos y políticas adoptadas desde los estados, lo que en ningún caso supone ignorar -aunque no sea el objeto de este artículo- los procesos de resistencia de los pueblos originarios y su capacidad para apropiarse de procesos o utilizar incluso situaciones adversas para poder sobrevivir, recrear su cultura, y desatar cambios en las políticas y normativa estatal o internacional. Tampoco pretende ignorar los procesos por los cuales ciertos agentes y agencias estatales buscan cooptar cambios normativos favorables a los pueblos indígenas y darles un sentido contraproducente o perverso.

8 Clavero, Bartolomé (1986): Derecho indígena y cultura constitucional en América. México: S. XXI Editores.

siderados como “hermanos menores” de los colonizadores, los pueblos originarios fueron encomendados al control y tutela de los “hermanos mayores”. Desde entonces, inferioridad e incapacidad se convirtieron en los descriptores indígenas de las políticas públicas y las prácticas sociales. La *tutela indígena* se convirtió en el instrumento legal del despojo de la capacidad de los pueblos para controlar su destino.

Para efectos prácticos -para poder gobernar colonias muy vastas-, la Corona reconoció autoridades indígenas con cierto control dentro de los *pueblos de indios*, pero subordinadas y con las limitaciones de las cargas coloniales. Bajo la justificación de la minoridad indígena, sólo cabía la aplicación de sus “usos y costumbres” mientras no chocaran contra la religión ni las leyes de Indias, y el fuero propio sólo para casos menores de pleitos entre indios.

La tutela indígena en era republicana, bajo el horizonte del liberalismo

58

Bajo liderazgo criollo, los nuevos estados independientes latinoamericanos adoptan formalmente el constitucionalismo liberal, las instituciones republicanas, el modelo de Estado-nación (un solo pueblo, cultura, idioma y ley para todos), y derechos y garantías individuales. Con relación a los pueblos originarios, los estados tienen un claro objetivo de sujeción y control, bajo políticas diferenciadas de acuerdo al grado de sometimiento o autonomía que conservaban los pueblos originarios.

Como herederos de las administraciones coloniales, los nuevos estados republicanos asumieron como su territorio el habitado por los pueblos originarios, incluyendo aquellos territorios de pueblos no conquistados ni colonizados. Con relación a tales pueblos, los estados establecieron políticas diferenciadas. Ahora, no obstante las diferentes políticas republicanas adoptadas, el denominador común de estas seguía siendo el principio de la minoridad e incapacidad indígena y, en consecuencia, se hacía necesaria la tutela estatal o eclesial. Es decir, los nuevos estados se arrogaron todas las

atribuciones para decidir sobre los territorios y la forma de vida de dichos pueblos, sin su participación.

Las políticas republicanas diferenciadas fueron las que siguen:

- Los pueblos que en era colonial fueron reducidos en *pueblos de indios*, en era republicana sufrieron políticas de disolución de sus tierras colectivas, autoridades y fuero propio, bajo el ideal liberal de “convertir indios en ciudadanos”, sometidos a las leyes generales del Estado. Tal política impedía a los pueblos originarios contar con una base territorial, política (autoridades y fuero) y cultural propia (idiomas, cultura), de tal modo que no se produjeran los levantamientos indígenas que caracterizaron los finales de la era colonial. Bajo el ideal liberal definido externamente por la élite criolla dominante, la desaparición de las protecciones a las tierras colectivas, autoridades y fuero indígena dará lugar a la expansión de las haciendas y la servidumbre indígena.
- En los casos de los pueblos que en era colonial no habían sido sometidos militarmente y con los que la Corona española hizo acuerdos o firmó tratados o parlamentos generales (como los pueblos mapuche, pehuenques, o “araucanos” de las pampas ahora ubicadas en Argentina y Chile, o pueblos al norte de lo que ahora es México), en era republicana, los estados independientes desconocieron tales acuerdos o tratados. Considerando “naciones bárbaras” a los pueblos originarios que en era colonial conservaron su autonomía, los nuevos estados independientes implementaron políticas bélicas (guerra ofensiva y defensiva) para su sometimiento y anexión territorial.
- Y, en el caso de los pueblos que no habían sido colonizados y con los cuales la Corona tampoco había firmado tratados (como pueblos de la Amazonía, la Guajira o el Orinoco), en era republicana, las constituciones liberales los definieron como “salvajes e infieles”. Las políticas de colonización territorial realizadas median-

te el envío de misioneros, tropas y colonos, buscaban ampliar la frontera agrícola⁹ y “reducir a los salvajes a la civilización”. Tales pueblos perdieron su autonomía y fueron reducidos en colonias, resguardos o territorios sujetos a legislación especial y tutela estatal o eclesial.

En el caso de Colombia, por ejemplo, los pueblos colonizados ya en era republicana fueron sometidos a un régimen diferenciado de tratamiento legal bajo tutela eclesial. Bajo tal régimen especial, dichos pueblos -incluyendo sus resguardos- quedaron fuera de la ley general hasta finales del s. XX.

La tutela en el modelo integracionista, bajo el horizonte del constitucionalismo social

A partir de la segunda década del s. XX empiezan a cambiar algunas políticas establecidas en el primer horizonte del constitucionalismo liberal. Las políticas de disolución legal de tierras colectivas indígenas no habían dado lugar a la existencia de prósperos propietarios de parcelas privadas, ideal al que aspiraba Bolívar, sino a la expansión de las haciendas y a diversas formas de servidumbre indígena. De otro lado, las movilizaciones y levantamientos indígenas por tierras empezaron a azolar la región desde inicios del s. XX, generando ingobernabilidad. Los gobiernos de la región empezaron a darse cuenta de la necesidad de cambios. Así, luego de la Revolución Mexicana de 1910, la Constitución Mexicana de 1917 inicia una ruptura con el modelo liberal e incorpora la figura de la tenencia colectiva de la tierra y una serie de derechos sociales. Se abre así una nueva era del constitucionalismo, el constitucionalismo social, que busca superar el individualismo que caracterizó el constitucionalismo liberal del s. XIX.

En el marco del constitucionalismo social, los estados latinoamericanos reconocen tierras indígenas colectivas

9 Las diferentes oleadas colonizadoras se organizaron en función de la extracción de diversos productos exportables (desde el caucho y el café, hasta la coca), y aseguraron la mano de obra indígena mediante diversas formas de trabajo forzoso (desde correrías de indios hasta el enganche y endeudamiento).

para las comunidades indígenas en tanto sujetos colectivos (como la Constitución peruana de 1920 y 1930, la boliviana de 1932, etc.), a partir de la idea que “el problema indígena” está vinculado a la tierra.

Desde 1940, luego del Congreso de Pátzcuaro en México, los estados latinoamericanos definen “el problema indígena” como parte de un problema de marginación, por lo que adoptan políticas integracionistas. Se definen como “integracionistas” en tanto tales políticas buscan incorporar a los indígenas al Estado y al mercado considerando sus especificidades, a diferencia de las políticas asimilacionistas del s. XIX que las buscaban desaparecer.¹⁰ Sin embargo, el integracionismo, en tanto modelo de incorporación de los indígenas a la sociedad dominante definido desde fuera de los propios indígenas, acaba siendo un modelo de destrucción cultural y, en este sentido, de asimilación.

Desde mediados del s. XX, en toda la región se emprenden reformas agrarias que reconocen sujetos y tierras colectivas, pero no como pueblos indígenas, sino como comunidades, sindicatos o cooperativas campesinas. Los estados entienden que el desarrollo de los colectivos indígenas pasa por dejar de ser indígenas marginados y convertirse en campesinos integrados al mercado y al Estado. Los estados diseñan políticas agrarias y cooperativistas con el objeto de promover el desarrollo del campo. Ahora, si bien los indígenas se logran apropiarse en parte de procesos impulsados externamente para sobrevivir y recrear su identidad, el desarrollo indígena es definido, otra vez más, desde fuera, en este caso como parte del desarrollo rural.

La tutela en la normativa internacional integracionista

El modelo de tutela/control es el eje de la normativa interna e internacional. Tal modelo tiñe también el Convenio

10 Cabe recordar que las políticas asimilacionistas aplicadas a los *pueblos de indios* buscaban “convertir a los indios en ciudadanos” y someterlos a las leyes generales, desapareciendo el régimen diferenciado y las especificidades indígenas (tierras, idiomas, comunidades, fueros, legislación especial, etc.).

107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre poblaciones indígenas y tribales en países independientes de 1957. Este Convenio, por ejemplo, si bien reconocía el propio derecho consuetudinario, lo sujetaba a no afectar las políticas de integración que los estados podían imponer a los pueblos indígenas. Es decir, eran los estados los que tenían la titularidad jurídica para definir los términos de lo que era bueno o no para el desarrollo de los pueblos indígenas (art. 2.1 y art. 7.2 del Convenio 107 de la OIT).

Hacia el cuestionamiento del modelo tutelar

Las reformas agrarias y otras políticas sociales del s. XX, no obstante tenían objetivos integracionistas, permitieron a los colectivos indígenas reconstituirse (con base en las tierras y otros derechos sociales), y posteriormente levantar reivindicaciones de carácter político y étnico que les llevaron a cuestionar el modelo tutelar. Estas reivindicaciones por la autonomía adquirieron más forma hacia las últimas décadas del s. XX, al desarrollarse una visión crítica de la conmemoración de los quinientos años de los procesos de ocupación europea.

De otro lado, en el caso de los pueblos de colonización tardía (como los pueblos ubicados en bosques húmedos subtropicales de la cuenca amazónica, la Guajira y el Orinoco), la permanencia de regímenes legales diferenciados les permitió mantener cierta base territorial propia. Debido a diversos procesos, las dirigencias indígenas se articularon y elaboraron discursos reivindicativos.

De la tutela al control de las propias instituciones y formas de vida

En el plano normativo internacional, en 1982 Naciones Unidas crea un grupo de trabajo para tratar específicamente el problema de la discriminación indígena y convoca a líderes de pueblos originarios, quienes levantan nuevas reivindicaciones. El Convenio 107 ya no resiste a la crítica de su modelo tutelar integracionista. Así, entre 1987 y 1988 el Convenio 107 es revisado -con alguna participación indígena-, y queda

sustituido por el Convenio 169 de la OIT, adoptado en 1989. El Convenio 169 sienta principios de relación entre el Estado y los pueblos indígenas diferentes al modelo tutelar del Convenio 107. Esto es, abandona de modo explícito las políticas asimilacionistas e integracionistas, las cuales se fundaban en el modelo de la tutela estatal indígena. Asimismo, reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones y formas de vida, y su modelo de desarrollo. Todo ello, se desprende incluso de sus considerandos.

Al establecerse como principio central del Convenio 169 de la OIT el derecho de los pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida es que se explica el establecimiento de derechos y mecanismos específicos para hacer posible dicho control autónomo. Este es el origen y fundamento de derechos como la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado. Estos derechos posibilitan que los pueblos puedan tomar sus decisiones propias y también intervenir en los procesos de toma de decisiones de las políticas y medidas estatales que los vayan a afectar, asegurando el control de sus formas de vida y prioridades de desarrollo. Lo contrario sería permitir la extinción física o cultural de dichos pueblos.

Los principios y derechos contenidos en el Convenio 169 de la OIT han sido recogidos y desarrollados con mayor claridad en la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada por la Asamblea General el 13 de setiembre del 2007. La Declaración, por primera vez en el derecho internacional, explicita que los pueblos indígenas tienen igual dignidad y derechos que todos los pueblos y que gozan de libre determinación. Descartando que esto constituya una autorización para la desintegración territorial o política de los estados, la Declaración define el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su condición política y desarrollo económico, social, cultural, etc. En este sentido, fortalece y amplía el principio ya afirmado por el Convenio 169 de la OIT, relativo al reconocimiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas al control de sus ins-

tituciones, formas de vida y desarrollo dentro de los estados en los que viven.

La Declaración entierra definitivamente la posibilidad legal para políticas de asimilación o integración forzosa. E, incluso, la participación depende de la voluntad de los pueblos.¹¹

A la fecha, unos 14 estados de Latinoamérica y el Caribe, incluyendo todos los países andinos, han ratificado el Convenio 169 de la OIT. Este Convenio es de obligatorio cumplimiento.

En el plano interno, algunas constituciones, como la colombiana de 1991 y la venezolana de 1999 reconocen explícitamente la “igual dignidad de todas las culturas”, en el marco de una valoración de la identidad y diversidad cultural, valoración que también hacen otras constituciones. Asimismo, las constituciones latinoamericanas incluyen un conjunto de derechos indígenas. El reconocimiento de la igual dignidad y capacidad de los pueblos indígenas ya no permite justificar ideologías de superioridad y tutela por parte de otros pueblos o culturas respecto de los pueblos originarios. El principio del “control indígena de sus propias instituciones y formas de vida y desarrollo, dentro de los estados en los que viven” constituye un principio tanto del derecho internacional como interno, y hace parte esencial del orden jurídico.

III. ¿Qué derechos tienen los pueblos indígenas en la decisión de asuntos que les afectan?

Considerando el desarrollo del derecho internacional y constitucional a la fecha, cabe anotar por lo menos cuatro tipo de derechos relativos a las atribuciones que tienen los pueblos

11 Esto se hace particularmente importante en los casos de los pueblos llamados “no contactados o de contacto inicial”. Los estados ya no les pueden forzar siquiera a la consulta o participación, en tanto tales pueblos así no lo deseen, o en tanto pueda peligrar su integridad como pueblos. Cabe anotar que el sólo contacto de ciertas enfermedades ha causado grandes diezmas entre dichos pueblos. No es menor el impacto del “choque cultural” por contactos y procesos de cambio cultural no controlados por dichos pueblos y que dan lugar a desajustes autodestructivos como suicidios, consumo descontrolado de alcohol, etc.

en la toma de decisiones sobre los asuntos que les incumben.

A saber:

1. El primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o el derecho al desarrollo libremente determinado.

Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas:

2. Participación en todo el ciclo de las políticas,
3. Consulta previa a medidas legislativas o administrativas, y,
4. Consentimiento, previo, libre e informado en casos específicos donde se puede poner en riesgo la integridad o el modo de vida y desarrollo.

Aparte, los instrumentos internacionales aluden a otras formas de relación como “colaboración”, ayuda, etc., que por ahora no serán materia de este documento.

1. Derecho de decidir autónomamente o el derecho al desarrollo libremente determinado

65

Este derecho está consagrado tanto en el derecho internacional como interno. Supone la potestad de los pueblos de organizarse y tomar decisiones que les incumben sin interferencia estatal o de terceros. En todo caso, podrían contar con presupuesto o ayuda estatal o de terceros, pero en ningún caso el Estado o terceros están autorizados a interferir. Este es el caso de la definición y elección de sus propias autoridades, la definición de sus prioridades de desarrollo, el establecimiento de programas educativos o de salud, etc. Este derecho fue consagrado originalmente por el Convenio 169 de la OIT como el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo, bajo el principio de que los pueblos controlan su modo de vida (art. 7.1). Y ha sido potenciado con la Declaración ONU que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación. Esto es, a definir su condición política y modelo de desarrollo (art. 3). De ahí se desprende el derecho al desarrollo libremente determinado.

2. Derecho de participación en la elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas

El derecho de participación consiste en la intervención de los pueblos en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas y programas de desarrollo nacional o regional que les puedan afectar. No sólo en la fase inicial, como en el derecho de consulta previa, sino en todo el ciclo. (...) Además, dichos pueblos deberán **participar** en la **formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas** de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7.1 Convenio 169 de la OIT).

La Declaración refuerza el derecho de participación ya consagrado en el Convenio 169 de la OIT, incluyendo su naturaleza potestativa, esto es, si lo desean los pueblos (art. 5 y 23).

El objetivo sustantivo del derecho de participación es que a través de la intervención de los pueblos se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado estén plasmadas las prioridades de desarrollo de tales pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de dichos pueblos, y que no se afecte su integridad (art. 7.2, del Convenio 169 de la OIT).

En lo procesal, la participación o intervención de los pueblos se puede implementar mediante cupos permanentes en entidades electivas como el Congreso, o administrativas, mediante representantes permanentes, o de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas (art. 6.b del Convenio 169 de la OIT y art. 18 de la Declaración ONU).

Aplicación:

- Por ejemplo, en Colombia y Venezuela, hay un cupo indígena en el Congreso para garantizar un mínimo de presencia de indígenas proporcional a la población. Esto permite que las decisiones que se adopten en el Congreso (ya sea en la Asamblea Nacional como en las estatales en el caso de Venezuela), cuenten con participación indígena por lo menos al nivel de otros sectores de la población.

- En algunos países, los organismos encargados de las políticas sobre indígenas cuentan con representación indígena (aunque en su mayoría estos organismos son institucionalmente precarios y cambiantes).
- En Guatemala, la Defensoría de la Mujer Indígena (DEMI) está a cargo de mujeres indígenas. (Sin embargo, el problema es su falta de autonomía institucional, recursos y capacidad para dictar políticas públicas).
- Prácticamente no se ha desarrollado el derecho de participación en todo el ciclo de políticas relativas a actividades extractivas, generando mucho descontento entre los pueblos indígenas, los cuales sólo son consultados puntualmente para medidas concretas, pero no han sido parte del diseño y adopción de las políticas que enmarcan dichas medidas.

El derecho de participación, siendo imprescindible al momento de adoptarse políticas, programas y proyectos, no exime, sin embargo, de que el Estado convoque la consulta previa respecto de medidas concretas a adoptar en el marco de dichas políticas. Por ejemplo, si se ha adoptado la política petrolera, minera o de transportes y comunicaciones, y en ese marco se han definido prioridades o proyectos específicos, ello no exime al Estado de su obligación de consultar por la licitación de un lote, o una actividad de exploración o explotación específica, o el trazado de una carretera, a darse en el marco de la política correspondiente. Pasada la consulta, seguirá funcionando el derecho de participación, pues este comprende además la aplicación y evaluación de las políticas, programas y proyectos de desarrollo.

El derecho de participación tampoco exime al Estado de asegurar el derecho de consentimiento previo, libre e informado en los casos que correspondan, como se anota líneas abajo.

3. Derecho de los Pueblos Indígenas de ser consultados frente a medidas concretas que les puedan afectar

Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas

antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles (arts. 6.1; 6.2; 19 y 32.2 del Convenio 169 de la OIT).

El objetivo es obtener el consentimiento del pueblo indígena respecto de la medida propuesta o, llegar a un acuerdo. Los procedimientos que implemente el Estado deben estar orientados a instaurar un proceso de diálogo que permita lograr dicho consentimiento o acuerdo. De ahí que la consulta no pueda consistir sólo en una audiencia informativa, o un acto de votación. Supone información previa, pero no se agota en ella. En la consulta previa, el Estado debe garantizar, en lo procesal, el diálogo y la negociación de buena fe. Y, en lo sustantivo, asegurar que la medida propuesta beneficiará al pueblo en cuestión, de tal modo que ello permita lograr el acuerdo o el consentimiento sobre de la misma. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo.

En cuanto a lo procesal, el Estado debe explicar:

- a) ¿Cómo aplicó el derecho de consulta?
- b) ¿Cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas?

En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe:

- a) Asegurar, igualmente, el máximo respeto posible a las prioridades de desarrollo de los pueblos.
- b) Priorizar, en caso de proyectos de desarrollo, el mejoramiento de sus condiciones de vida.
- c) Garantizar los beneficios o ganancias.
- d) Asegurar las indemnizaciones que correspondan.

- e) Explicar cómo dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural de dicho pueblo, adoptando, en todo caso, las medidas necesarias de minimización de riesgos correspondientes.

La consulta tiene la característica de ser previa a la medida que va a adoptar el Estado. Si se trata de actos complejos o procesos largos como actividades extractivas donde el Estado adopta varias medidas a lo largo del ciclo de un proyecto, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Además, deberá implementarse consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas: por ejemplo, antes de una lotización, concesión, ampliación, exploración, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente, deberán convocarse consultas para acciones concretas, como la determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios, y por tanto indemnizaciones.

La realización de una consulta para un acto puntual no exime al Estado de las consultas por otras medidas. Por ejemplo, si se hace una consulta respecto de estudios de impacto ambiental solamente, ello no autoriza a la realización de la actividad de explotación en sí. O si se realiza una consulta respecto de una concesión minera bajo ciertos parámetros, ello no autoriza la extensión de canchas de relave, por ejemplo. Y la consulta respecto de indemnizaciones por posibles daños y perjuicios que vayan a afectar a pueblos indígenas no exime la relativa a las ganancias o beneficios, que está vinculada a las ganancias proyectadas de la actividad.

En caso de medidas concretas que puedan afectar la integridad de los pueblos, como traslados poblacionales y otros, no basta la consulta, sino que se requiere el consentimiento efectivo, como se indica líneas abajo.

4. Derecho al consentimiento previo, libre e informado

El derecho al consentimiento previo, libre e informado es un derecho reforzado de carácter específico que constituye un requisito adicional al ejercicio de otros derechos (como la participación o la consulta previa) para que el Estado pueda

tomar una decisión, cuando la materia en cuestión está referida a hechos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas y poner en riesgo su integridad.

Aquí cabe distinguir el consentimiento como la “finalidad” de un proceso de consulta, del consentimiento como “requisito” para que el Estado tome una decisión. El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aún instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado a tomar una decisión.¹²

En cambio, hay otras situaciones en las que el consentimiento no es sólo el horizonte o finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión. Este es el caso de situaciones en las que se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como ocurre en los traslados poblacionales o casos afines.

El Convenio 169 de la OIT establece que, antes de un traslado poblacional, el Estado debe contar con el consentimiento previo, libre e informado del pueblo en cuestión, o que, en su caso, debe darse un procedimiento legal correspondiente donde dicho pueblo haya estado suficientemente representado. Sin tal requisito, el Estado no puede tomar una decisión de traslado (art. 16.2 del Convenio 169 de la OIT). El Estado tampoco puede tomar una decisión contra el deseo expresado libremente por los pueblos indígenas en el caso de medidas

12 “[S]erá apropiado el procedimiento que genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas, independientemente del resultado alcanzado. Es decir que la expresión «procedimientos apropiados» debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta que es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. No es necesario, por supuesto, que un acuerdo se logre o que se obtenga el consentimiento.” (Consejo de Administración de la OIT, 289ª reunión, marzo de 2004, Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, México, GB.289/17/3, pár. 89).

especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, bienes, trabajo, culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas (Convenio 169 de la OIT, art. 4.1).

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas (2007) también establece ciertos casos en los que se requiere el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos para que el Estado pueda tomar ciertas decisiones dado que ellas son de alto riesgo para la integridad de los pueblos, como realizar desplazamientos poblacionales, actividades militares en territorios indígenas o almacenar residuos tóxicos en tales territorios (arts. 10; 29.2 y 30.1).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia en el caso *Saramaka vs. Surinam* (2007), ha establecido que en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida de los pueblos (como pasa en los supuestos de traslados por la construcción de presas o ciertas actividades extractivas) no basta la consulta, sino que se requiere el consentimiento previo, libre e informado.¹³

71

IV. ¿Cuál es el objeto de los derechos de participación, consulta y consentimiento? ¿qué se debe garantizar?

Los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado tienen una doble naturaleza y objeto.

De un lado, se trata de derechos propios, con su propio contenido sustantivo vinculado a la dignidad de los pueblos. Un test de cumplimiento debe asegurar que tales derechos se verifiquen. De otro, se trata de derechos que buscan realizar o viabilizar otros derechos en el marco de la relación entre Estados y pueblos indígenas, y están vinculados a la capacidad de los pueblos para controlar sus instituciones, definir su modelo y prioridades de desarrollo, la protección de territorio, su integridad física y cultural, etc. En este sentido,

13 Cfr. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C N° 172, párr. 135.

se trata de derechos fundamentalmente procesales que permiten el ejercicio de otros derechos. Por lo tanto, el test de cumplimiento de estos derechos exige analizar además si se están garantizando los derechos a los que están vinculados.

Los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado tienen como objeto garantizar:

- Que los pueblos mantengan un control, el máximo posible, sobre sus formas de vida y desarrollo, realizándose sus prioridades de desarrollo (Convenio 169 de la OIT, art. 7).
- Que las políticas de desarrollo emprendidas por los estados tengan como prioridad el mejoramiento de las condiciones históricamente melladas de dichos pueblos.
- Que, en ningún caso, se afecte la integridad física o cultural de tales pueblos. Es decir, el Estado, bajo ninguna circunstancia tiene autorización para tomar medidas que puedan llevar al genocidio o la destrucción cultural.

Las instituciones públicas, las organizaciones indígenas y los tribunales no sólo deben preguntarse si se ha verificado la realización de los procesos de participación, consulta y consentimiento de acuerdo a los requisitos de buena fe, representatividad, antelación, etc., sino que también debe hacerse una verificación sustantiva o material.

El test de cumplimiento o verificación sustantiva o material de estos derechos supone preguntarse:

- Si las políticas, medidas o proyectos específicos garantizan el máximo control posible de las instituciones, formas de vida y desarrollo de los pueblos en cuestión;
- Si las políticas o programas de desarrollo tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de salud, trabajo, vida de los pueblos; y

- Si, en todo caso, las medidas a adoptarse no afectan la integridad física o cultural de tales pueblos, o tal afectación es la mínima posible y es legítima, es decir, está justificada razonablemente. Bajo ningún caso cabe un supuesto interés “superior” que justifique el genocidio o la destrucción cultural.

Para ilustrar el objeto sustantivo que deben asegurar los procesos de participación, consulta y consentimiento, cabe distinguir entre los mínimos intangibles y los derechos de obligatorio cumplimiento que deben ser maximizados, todos bajo el principio inderogable de buscar que los pueblos indígenas tengan el máximo control de su destino. Los derechos maximizables de obligatorio cumplimiento constituyen el horizonte al que se busca llegar a través de los procesos de participación y consulta, mientras que los mínimos intangibles son como la alarma roja de lo que dichos procesos deben evitar. Usualmente sólo se ha considerado los mínimos intangibles (es decir, proteger la no afectación de la integridad, pero no se ha buscado garantizar las prioridades de desarrollo de los pueblos, sus ganancias, etc.).

73

El siguiente cuadro ilustra el objeto sustantivo que deben garantizar los procesos de participación, consulta y consentimiento:



• Existencia • Integridad física (territorio, alimento, etc.) • Integridad cultural (identidad, instituciones, costumbres) • Consulta • Indemnizaciones (en tanto haya daños y perjuicios)	• Decidir sus prioridades de desarrollo • Controlar su desarrollo al máximo posible • Mejorar sus condiciones de vida • Beneficios y ganancias (en tanto las actividades reporten ganancias)
(“Piso mínimo”)	(“Horizonte”)

Principio inderogable

El principio del “máximo control posible por parte de los pueblos indígenas de sus instituciones, formas de vida y desarrollo”, al estar vinculado al principio de la igual dignidad de los pueblos indígenas, es un principio inderogable y debe ser ponderado al entrar en conflicto con otros principios constitucionales. Este principio está contenido en el Convenio 169 de la OIT (Quinto considerando y artículo 7), y tiene un desarrollo en la Declaración, que explicita el derecho de los pueblos indígenas a determinar libremente su modelo de desarrollo. Se debe buscar su cumplimiento en armonía con otros principios y puede ser objeto de ponderación, pero nunca puede ser ignorado o derogado. Este principio orienta la aplicación de los derechos de participación, consulta y consentimiento.

Derechos mínimos intangibles

De un lado, debe de preguntarse cómo los procesos de participación y consulta sobre proyectos o programas garantizan los derechos maximizables. En el otro extremo, debe preguntarse si tales proyectos, programas o políticas no afectan la vida o integridad de los pueblos, o cómo se pueden determinar indemnizaciones por posibles daños y perjuicios, en tanto tales sean mínimos razonables, y qué medidas debe tomar el Estado para minimizar riesgos. En ningún caso se debe admitir un proyecto que afecte la vida o subsistencia o vulnere la integridad cultural.

Los derechos que siguen constituyen mínimos intangibles cuando se verifican los procesos de consulta, participación y consentimiento:

- El derecho de los pueblos a su existencia (está prohibido el exterminio de los pueblos indígenas, el genocidio o cualquier forma de afectación de su vida).
- Integridad física y existencia de medios para su subsistencia (alimentos, territorio). La privación del territorio o las posibilidades de acceder a recursos naturales para alimentarse pueden constituir una amenaza a su integridad física.
- Integridad cultural: identidad y modo de vida de los pueblos. Si bien hay una indesligable relación entre la integridad física y cultural, la protección de la integridad cultural alude a la identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y formas de vida de los pueblos indígenas, las cuales se pueden ver afectadas por traslados, migración, actividades extractivas o de infraestructura en sus territorios. Si bien el impacto de estas actividades pueden tener grados, se debe cuidar que no se vulnere la integridad de los pueblos.¹⁴

Estos derechos constituyen el “piso” o lo mínimo que los estados deben asegurar en los procesos de participación, consulta y consentimiento, para efectos de la implementación de polí-

14 El Comité de Derechos Humanos, al analizar el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativo al “goce de la propia cultura en común con el grupo”, ha desarrollado el derecho a la integridad cultural. En algunos casos ha considerado que el Estado puede hacer concesiones de explotación de recursos naturales en territorios indígenas, previa consulta, pero siempre que el impacto de tales actividades no sea tan significativa que acabe afectando la integridad cultural de dicho pueblo. Este es un tema conflictivo, pues la graduación puede ser polémica. Lo que no está en cuestión es el derecho de los pueblos a su integridad cultural. Véase: Anaya, S. James (2004): *International human rights and indigenous peoples: The move toward the multicultural state*. (Article adapted from chapter 4 of the author's second edition of the book *Indigenous Peoples in International Law*).

ticas, proyectos o programas de desarrollo. (art. 2 -respeto de la integridad-, 3 -prohibición de fuerza que viole derechos humanos-, 4 -salvaguarda de personas, cultura y medio ambiente- y 5.b -derecho a la integridad- del Convenio 169 de la OIT)

Como parte de la protección de la integridad es necesario que el Estado adopte todas las medidas y cuidados posibles. Es factible que un proyecto de desarrollo, aún considerando como prioritario el desarrollo de los pueblos indígenas, pueda tener incidencias o impactos de diverso tipo. Estos impactos deben ser evaluados por el Estado en cooperación con los pueblos indígenas, y, eventualmente, pueden dar lugar a que no se realice el proyecto en cuestión en tanto peligre la integridad biológica o cultural de tales pueblos (art. 7.3 y 7.4 del Convenio 169 de la OIT).

Aquí unas notas sobre los estudios relativos al impacto y posible afectación de la integridad.

- Hay una práctica extendida por la cual son las empresas postulantes a las concesiones las que realizan los estudios de impacto ambiental que deciden la concesión. Según el Convenio 169 de la OIT estos estudios deben hacerse por el Estado en cooperación con los pueblos interesados, para que los mismos reflejen claramente la visión de los pueblos indígenas. Esto se ve reforzado por la sentencia de la CIDH en el caso *Saramaka vs. Surinam*, que insiste en que los estudios deben ser independientes. No puede ser la propia empresa interesada la que los conduzca. Otro asunto es que el Estado traslade los costos a la empresa que resulte beneficiaria o cree un fondo para tales efectos, pero la empresa no puede ser juez y parte.
- Sobre la cobertura de dichos estudios, estos generalmente sólo evalúan impactos en el medio ambiente o impactos sociales generales. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT establece una cobertura mayor: que se debe evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente. De ahí la importancia de la participación indígena.

Derechos de cumplimiento obligatorio a maximizarse en lo posible

El Convenio 169 de la OIT contempla varios derechos sustantivos vinculados al desarrollo respecto de los cuales propende su maximización. Se trata de derechos de cumplimiento obligatorio y constituyen el objeto material de los derechos de participación, consulta y consentimiento. Los procesos de consulta, participación y consentimiento tienen como objeto sustantivo garantizar dichos derechos, y es la primera pregunta que debe hacerse en tales procesos: ¿Cómo asegurar las prioridades de desarrollo de los pueblos a través de la participación y la consulta?, ¿Cómo garantizar el máximo control de su desarrollo por los pueblos?, ¿Cómo asegurar que un proyecto de desarrollo tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos?, ¿Qué beneficios o ganancias le traerá el proyecto de desarrollo a los pueblos indígenas? Sólo cuando se hayan completado dichas preguntas, es que debe pasarse a los mínimos intangibles, que se desarrollan luego.

Entre los derechos de cumplimiento obligatorio y maximización en lo posible, están los que siguen, a modo ilustrativo.

- ***Derecho a decidir sus prioridades de desarrollo y controlar en lo posible el mismo***

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los programas de desarrollo regional o nacional a implementarse en sus territorios respeten sus prioridades de desarrollo. Asimismo poseen el derecho de controlar en lo posible su propio desarrollo. Estos derechos se deben aplicar de todas maneras, lo que depende de otras condiciones es sus posibilidades de maximización (art. 7.1 del Convenio 169 de la OIT).

- ***El derecho de los pueblos al mejoramiento de sus condiciones de vida como prioridad de los planes y proyectos de desarrollo***

Cuando el Estado elabora planes de desarrollo regionales o especiales (como grandes obras de infraestructura, riego, explotación de recursos naturales, etc.), aparte de los meca-

nismos de consulta y participación, el gobierno central, regional o local está obligado a demostrar que el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos indígenas constituye una prioridad de tales planes. Según el Convenio 169 de la OIT, esto es mandatorio, no es opcional (art. 7.2).

Suele ser una mala práctica, bastante extendida, que los gobiernos enfatizan los beneficios “para la nación” de una explotación minera, petrolera o de grandes obras como hidroeléctricas, de irrigación, carreteras, etc. a realizarse en territorios indígenas o en regiones habitadas por ellos, pero no demuestran cómo tales actividades van a beneficiar de modo concreto a los pueblos afectados. Donde hay una hidroeléctrica, el pueblo indígena desplazado por la represa suele carecer de luz, no recibe el gas que se saca de su territorio, y sólo ve los efectos de la contaminación de actividades de larga duración como mineras o petroleras.

El hecho sustantivo de que una política, plan o programa no respete las prioridades de desarrollo de los pueblos, o que un proyecto de desarrollo específico no tenga como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos en cuestión, al afectar un derecho sustantivo obligatorio, puede dar lugar a una acción de garantía constitucional. Es como no realizar el proceso mismo de consulta o participación. Está por descontado que un proyecto de desarrollo, debiendo velar por el mejoramiento de los pueblos, tiene prohibido vulnerar la integridad física o cultural de los pueblos. Dependiendo del caso, esto puede incluso constituir delito contra la vida, la propiedad, etc.

• *Derecho a beneficios y ganancias en tanto se den*

Más allá de la protección de la integridad, el medio ambiente y la indemnización por daños y perjuicios -que constituyen parte de los derechos mínimos intangibles-, los pueblos tienen derecho a beneficios y ganancias. Estos derechos dependen de la existencia de dichas utilidades o ganancias, pero en tanto se den, tienen derecho a percibirlas. Esto les permitirá asegurar sus prioridades de desarrollo. Se trata de derechos aleatorios (dependientes de la existencia de dichas

posibles utilidades o ganancias) y cuantificables, pero no son opcionales o voluntarios: “deberán”.

Es decir, al planificar un proceso de participación, consulta o consentimiento, o los proyectos de desarrollo mismos, no sólo hay que preguntarse si se está garantizando la indemnización, sino fundamentalmente si se está garantizando que tales proyectos reporten beneficios al desarrollo y ganancias a dichos pueblos. (arts. 15. 1 y 15.2 del Convenio 169 de la OIT)

Si bien el objeto perseguido por todos los derechos arriba mencionados -participación, consulta y consentimiento- es afín a los mismos, hay algunas variantes en la forma en la que se ejercitan dichos derechos y el nivel de decisión que tienen los pueblos en cada uno de ellos. El cuadro (ubicado en el Anexo de la presente publicación) permite observar algunas diferencias entre estos derechos en cuanto al objeto específico, el momento y el nivel de intervención tanto del Estado como de los pueblos indígenas en cada uno de ellos.

V. ¿Cómo deben implementarse estos derechos, considerando el balance buenas prácticas y las lecciones aprendidas en la región?

79

Si bien hay un avance normativo importante, el problema es la brecha de implementación efectiva de estos derechos, lo que ha generado desconfianza en las organizaciones indígenas. Esta situación da lugar a varias preguntas: ¿Cómo reconstruir relaciones de diálogo democrático entre los estados y los pueblos indígenas?, ¿Cómo mejorar los mecanismos de participación y consulta, a fin de llegar a acuerdos y el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos?, ¿Cómo mejorar el control de las empresas extractivas respecto de su pago de tributos, el control ambiental, su respecto de derechos indígenas, y su responsabilidad social?, ¿Cómo prevenir mecanismos de resolución de conflictos entre los actores Estado-pueblos-empresas?

Para efectos de mejorar la situación existente, es importante analizar ¿Qué se ha avanzado, qué buenas prácticas

hay?, ¿Qué problemas y lecciones aprendidas hay en la región?, ¿Qué retos hay por superar?

Todas estas preguntas marcan una agenda de trabajo sobre el tema. Aquí solamente anotaremos algunas ideas.

Avances, problemas y retos

Avance: Hay un marco internacional de derechos de los pueblos indígenas que contempla el derecho de consulta y participación.

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, y ahora también la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas han consagrado el derecho de los pueblos indígenas a definir su modelo y prioridades de desarrollo a su modo de vida de acuerdo a su cultura dentro de su territorio, a su integridad. Y que, por ende, deben instaurarse mecanismos para el diálogo, el consenso y el acuerdo entre el Estado y dichos pueblos a fin de que el Estado, cuando le toca decidir sobre los recursos que pertenecen a toda la nación, pueda hacerlo en compatibilidad con el modelo y prioridades de desarrollo de los pueblos indígenas, priorizando su beneficio en los programas de desarrollo y, sin afectar su vida o integridad, o minimizando cualquier posible afectación.

Problemas: Hay un gran reclamo de los pueblos indígenas de la región por la escasa implementación de los derechos de consulta y participación. Es más, en varios países hay muchas “**malas prácticas**” relativas al derecho de consulta detectadas por los órganos de control de la OIT que es necesario superar. Entre ellas, cabe mencionar las que siguen:

- Un problema generalizado con relación a actividades extractivas o megaproyectos es que los estados de la región han venido actuando bajo la inercia de modelos anteriores, caracterizados por decisiones unilaterales del Estado, a impulso de concesionarios o denunciantes mineros.
- Otro problema frecuente es que los estados, usual-

mente, no se han responsabilizado por un suficiente control de tales actividades en territorios indígenas, por lo que las mismas se han hecho, en una gran parte de casos, con un alto impacto ambiental, social y cultural para los pueblos originarios, y sin generarles beneficios. Ello ha generado desconfianza en las organizaciones indígenas, las que, en no pocos casos, han empezado a oponerse de lleno a toda actividad extractiva en sus territorios, e, incluso, a los procedimientos mismos de consulta por haber sido mal llevados.

- Los estados no consultan por las prioridades de desarrollo que tienen los pueblos indígenas en la fase de la elaboración de políticas o planes de desarrollo, ni cuando el Estado define lotes sobre territorios indígenas a ser sometidos en concesión.
- Los estados no han implementado modelos adecuados de participación respecto de todo el ciclo de las políticas, planes o programas: elaboración, aplicación y evaluación.
- La “consulta” se realiza a posteriori de un acto administrativo por el cual el Estado ha seleccionado una empresa o adjudicado una concesión de exploración o explotación, y no antes tal acto.
- La “consulta” se realiza luego de la concesión de exploración, considerando que es sólo la explotación la que afecta a los pueblos indígenas.
- La “consulta” se realiza por una empresa y no por el Estado.
- La “consulta” se realiza por una empresa para negociar indemnizaciones y compensaciones. Es decir es una negociación directa y no una consulta.
- Los pueblos indígenas no son informados propiamente, en sus idiomas, y considerando su cultura, normas, usos y propio derecho.
- La consulta es entendida como un acto y no como un proceso para llegar a acuerdos.

- Hay estados que actúan de “mala fe” en la medida que van a la consulta con una pre-decisión, sin considerar lo que van a plantear los pueblos indígenas.
- La “consulta” se reduce a actos informativos unilaterales, sin tener en cuenta lo que planteen los pueblos afectados.
- La agencia estatal correspondiente no informa sobre posibles ganancias y no consulta sobre los beneficios que deben recibir los pueblos indígenas. Delega a las empresas la negociación directa sólo relacionada a compensaciones o indemnizaciones.

Retos: Para que el marco internacional sobre los derechos de participación y consulta sea efectivo se requiere:

1. Adecuación normativa interna, tanto a nivel constitucional como de la legislación secundaria.

La adecuación interna supone el desarrollo de los diferentes derechos: participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. No enfocar todo en la consulta previa.

- En algunos países de la región los derechos de consulta y participación están consagrados a nivel constitucional (como en Ecuador). Aunque no es necesaria para la vigencia del derecho, la consagración constitucional es una buena práctica normativa.
- En pocos países hay una ley sobre la consulta: se dio una en Colombia pero fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por falta de consulta. Hay una ley relativa a la consulta vinculada a hidrocarburos en Bolivia. Ecuador y Venezuela también tienen marcos regulatorios. En Perú, el Congreso aprobó una ley de consulta previa (19/5/2010) pero fue observada por el Ejecutivo (21/6/2010). Un reto es que la ley debe darse, ella misma, en consulta con los pueblos indígenas.
- No se ha desarrollado normativamente el derecho de participación. (En Colombia hay unas mesas de concertación donde los indígenas sólo tienen competencias consultivas, no de co-decisión).

- Por lo general, la regulación sobre la consulta previa se da en el nivel reglamentario, y, salvo contadas excepciones, suele ser más restrictiva que el Convenio 169 de la OIT (como el Reglamento de participación ciudadana relativo a actividades extractivas en Perú, tanto en minería como hidrocarburos). Hay varios países que están discutiendo la regulación del derecho de consulta (como Guatemala, Ecuador, Perú, Bolivia, entre otros).
- Hay avances y retrocesos. A veces los estados avanzan en cuanto a ratificar un tratado y retroceden en la regulación concreta.

Para efectos de legislar sobre estos derechos es necesario:

- Considerar todos los derechos y no sólo el de consulta. Esto es: decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento previo libre e informado.
- No reducir la participación a un acto consultivo. La participación supone co-decisión en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de políticas programas y planes de desarrollo.
- La participación y consulta deben darse desde la elaboración de la política, la identificación de “lotes”, etc., es decir, desde los primeros pasos del diseño del modelo de desarrollo.
- La consulta previa en ningún caso debe reducirse a la mera información.
- La consulta debe ser previa a la concesión y a cada medida concreta.
- Los procesos de participación y consulta deben garantizar procedimientos de buena fe orientados a llegar a acuerdos.
- Los procesos de participación y consulta deben garantizar, en lo sustantivo, que se respeten las prioridades de desarrollo de los pueblos, el máximo control de su desarrollo posible, el mejoramiento de sus condicio-

nes de vida, ganancias y beneficios; y, en todo caso, la protección de su integridad física y cultural, indemnizaciones y minimización de daños.

2. Implementación institucional. Esto es, la adopción de políticas públicas que, efectivamente, implementen el derecho de consulta y participación.

Hay pocos países que han adoptado como política pública la implementación efectiva del derecho de consulta previa o es parcial (Colombia ha desarrollado una política de consulta previa centrada en evitar afectación de la integridad, pero no asegura beneficios, ni se vincula a la participación desde la elaboración de la política de desarrollo). La mayor parte de los países de la región tiene algunas prácticas puntuales, pero sus políticas públicas no desarrollan de modo efectivo el derecho a la participación respecto de las políticas en las que se enmarca la consulta de una medida concreta; los reglamentos son restrictivos, sus presupuestos ínfimos y carecen de modelos de gestión adecuados a la cultura e idioma de los pueblos indígenas. Y, al no destinar recursos para las consultas, trasladan tal tarea a las empresas, las que se convierten en juez y parte.

Para que los derechos de consulta y participación puedan efectivizarse, se requiere:

- Que tales derechos hagan parte de políticas nacionales, sectoriales (en cada ministerio implicado) y específicas.
- Una previsión presupuestaria (para que el Estado no traslade dicha responsabilidad a la empresa concreta que postula a una licitación en el territorio donde se hace la consulta).
- Un modelo de gestión institucional del derecho de consulta y participación. Es decir, que, en el flujo de los procesos administrativos que se refieren a la planeación de actividades en territorios indígenas o que de algún modo van a afectar a pueblos indígenas, esté contemplada la implementación de los derechos de

consulta y participación, incluyendo los procedimientos, protocolos, instrumentos, responsables, mecanismos de asignación de recursos, transparencia y rendición de cuentas.

- Asignación efectiva de recursos humanos y materiales, etc.
- Asegurar mecanismos de control y auditoría para los posibles casos de abuso o corrupción.
- Asegurar mecanismos de comunicación eficaz a través de intérpretes, etc.
- Asegurar una coordinación anticipada y eficiente para que los procesos de participación y consulta puedan estar antecedidos de procesos de definición y explicitación de prioridades de desarrollo de los pueblos en cuestión, a fin de facilitar procesos de diálogo intercultural.

3. Protección judicial. Cuando a pesar de los cambios normativos e institucionales, hay resistencia de algunos sectores para la implementación de derechos, queda el recurso a la protección judicial, tanto interna como internacional. En Colombia hay un alto uso de la jurisdicción constitucional para la protección del derecho de consulta, mientras que en otros países el número de casos judicializados es mínimo.

Quedan como retos para una más efectiva protección judicial:

- No sólo proteger el derecho de consulta sino los de participación y consentimiento, pues tienen la misma entidad jurídica al ser parte del bloque de constitucionalidad.
- No sólo velar por los aspectos procesales (la verificación de la realización o no de la consulta) sino también la verificación de su objetivo sustantivo (si los planes consultados, por ejemplo, tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, o si respetan sus prioridades de desarrollo, etc.).
- Distinguir beneficios de indemnizaciones, como hace la Corte Interamericana.

- Ordenar procesos de participación.

4. Cambios en la cultura jurídica. A veces, las resistencias más importantes para la implementación de derechos vienen de la ignorancia o la falta de cambio de mentalidad.

Para la efectiva aplicación de normas y la implementación institucional de derechos se requiere de un cambio en la cultura jurídica de operadores jurídicos así como de sujetos titulares o beneficiarios.

El cambio de una cultura jurídica tutelar autoritaria hacia una democrática y pluralista supone:

- Procesos de información, investigación y sistematización de experiencias.
- Formación, capacitación e intercambio de experiencias nacionales e internacionales, y entre distintos actores (congresistas, jueces, funcionarios, indígenas, abogados defensores), a través de eventos, visitas, estancias de investigación o pasantías institucionales, entre otros.
- Presión de la opinión pública.

Conclusiones

Síntesis de las recomendaciones para la implementación:

- Desarrollar normas y políticas que contemplen los derechos de participación, consulta y consentimiento, y no sólo el de consulta previa.
- Generar espacios consultivos y de participación permanente en las instituciones que elaboran y ejecutan programas de desarrollo.
- Desarrollar modelos de gestión de formas de participación indígena en todo el ciclo de elaboración, aplicación y evaluación de las diferentes políticas de desarrollo (por ejemplo, desde cuando se definen los lotes petroleros).
- Desarrollar procesos de consulta previa en diversos momentos de un proyecto de desarrollo, como parte

del proceso de participación, y siempre antes de cualquier concesión.

- Asegurar procedimientos de buena fe en todo el ciclo de la consulta y participación.
- Asegurar que tanto en los procesos de participación como de consulta se garantice el objetivo sustantivo de los mismos. Ello se puede probar a través de la pregunta si dicha política, programa o medida respeta las prioridades de desarrollo de los pueblos, prioriza su mejoramiento de condiciones de vida y permite cuantificar posibles ganancias; así como si asegura su integridad e indemnizaciones por posibles daños y perjuicios.
- Desarrollar capacidades en todos los sectores para la comprensión de los derechos a fin de lograr su efectiva implementación. Analizar con los diferentes actores cómo el incumplimiento de los derechos no da lugar a beneficios para el Estado o las empresas, sino que trae desconfianza y, a la larga, perjuicios.
- Sistematizar experiencias, promover intercambios, publicar buenas prácticas y lecciones aprendidas.
- Elaborar las memorias de cumplimiento del Convenio 169 de la OIT con participación de los pueblos indígenas, incluyendo una evaluación propositiva de avances y retos para la efectiva implementación de estos derechos.

SEGUNDO PANEL

**“Relación entre estados, empresas transnacionales
y pueblos indígenas frente a la explotación
de los recursos naturales”**

EMPRESAS, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: TENSIONES Y DESAFÍOS

José Aylwin Oyarzún

Introducción

Una realidad común que afecta a los pueblos indígenas hoy, y con particular intensidad en América Latina, es la proliferación de proyectos de inversión productivos o extractivos en sus tierras y territorios. Tal fenómeno, que es consecuencia de la globalización, entendida esta como la expansión de los mercados hacia los últimos rincones del planeta, es desarrollado por empresas privadas, muchas veces de carácter transnacional, otras veces de capitales nacionales, así como también por empresas de carácter público o estatal.

La actividad empresarial impulsada en tierras y territorios de los pueblos indígenas en América Latina ha tenido como común denominador a la fecha el que esta ha sido realizada violando los derechos propietarios legales y/o ancestrales de los pueblos indígenas; el que ella no ha contado con procesos de información, consulta, y menos con el consentimiento de las comunidades afectadas; y el hecho que tales comunidades no participan de los beneficios de la actividades por estas impulsadas. A ello se agrega el que los daños que tales iniciativas empresariales generan en los pueblos indígenas- los que incluyen la degradación ambiental, la relocalización y los impactos socioculturales adversos- no son compensados. Los impactos que estos generan son, en algunos casos, de tal magnitud que afectan el derecho a la vida de los pueblos indígenas, entendiéndose por tal no sólo el derecho a la vida en un sentido físico, sino también el derecho a la vida en su sentido cultural.

Ejemplos de impactos de actividad empresarial en los de-

rechos humanos de los pueblos indígenas pueden ser encontrados en la mayor parte de los países de la región. Los desplazamientos de población indígena por la construcción de centrales hidroeléctricas en México y Brasil, la contaminación de las tierras y aguas como consecuencia de la actividad de las empresas de hidrocarburos en los países amazónicos, la destrucción de los hábitats como consecuencia de la actividad minera en los países andinos, son algunos ejemplos de ello.

El caso de Chile es posiblemente uno de los más ilustrativos de los impactos adversos de la actividad empresarial a los derechos humanos de los pueblos indígenas. En consonancia con los esfuerzos impulsados desde el estado las últimas décadas para incorporar, a través de tratados de libre comercio y acuerdos de libre comercio con las grandes economías del mundo (Estados Unidos, Unión Europea, Australia, Nueva Zelanda, Japón, etc.) al país a los mercados globales, las autoridades han venido respaldando por largos años proyectos de inversión extractivos o de infraestructura impulsados por empresas privados nacionales o extranjeros, y también por empresas públicas, que por su magnitud han sido conocidos como “mega proyectos”, en territorios legales y/o ancestrales de los pueblos indígenas. La materialización de estos proyectos, la que ha sido posible gracias a las insuficiencias de la legislación vigente para dar protección a los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales y para proteger el medio ambiente -el Convenio 169 de la OIT sólo fue ratificado en 2008 entrando en vigencia plena en septiembre de 2009 en el país-, se ha verificado muchas veces sin procesos de información y consulta adecuados a los pueblos indígenas afectados, mucho menos con su consentimiento, y sin que estos participen de los beneficios que estos generan.

En el caso de los pueblos andinos del norte del país, la expansión minera en sus territorios ancestrales se ha incrementado en el último tiempo debido al alza del valor de los minerales en los mercados. Así se ha intensificado la actividad minera impulsada por el estado (a través de su empresa cuprífera CODELCO) y por transnacionales en tierras de sus comunida-

des, causando un fuerte impacto tanto en sus escasas aguas superficiales y subterráneas. Uno de los casos más críticos es el del proyecto minero Pascua Lama, de propiedad de la empresa canadiense Barrick Gold, que se impulsa sobre el territorio ancestral de los Diaguita Huascoatinos, y por lo mismo ha sido llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso del sur, en el territorio ancestral mapuche, esta política se ha manifestado en la construcción de la central Ralco, en el Bío Bío, resistida por las comunidades pehuenche allí asentadas; en la expansión de las plantaciones forestales exóticas de propiedad de grandes conglomerados sobre tierras ancestrales y/o tierras reconocidas por el Estado a los mapuches, con graves impactos ambientales y sociales;¹ en la construcción de plantas de tratamiento de aguas servidas, todas ellas ubicadas en tierras de comunidades mapuches o zonas aledañas, y en la instalación de la salmonicultura en ríos y canales de los mapuche huilliche. A ello se suman proyectos hidroeléctricos, impulsados por empresas chilenas y extranjeras afectando los valles cordilleranos de los mapuche. Tales proyectos no han sido consultados a la fecha en base al Convenio 169 de la OIT. Las comunidades afectadas han iniciado acciones administrativas y judiciales para la defensa de sus derechos territoriales, sin resultados a la fecha.

En el mes de abril de 2009 el gobierno chileno presentó una propuesta de un *“Código de conducta responsable para inversiones en tierras y áreas de desarrollo indígena”*. El documento proponía lineamientos, obligatorios para las empresas públicas, y voluntarios para las empresas privadas, para certificar las inversiones en dichas tierras como *“responsables”*. Tal propuesta, aparte de no haber sido consultada con

1 A la fecha hay más de 2 millones de hectáreas plantadas con especies exóticas de rápido crecimiento al sur del Bío Bío, perteneciendo estas mayoritariamente a dos grandes conglomerados privados de capitales nacionales (CMPC y Arauco). Los impactos incluyen el desecamiento de las aguas, la pérdida del hábitat boscoso al cual está asociado la cultura mapuche, la migración de población y el empobrecimiento, según se puede constatar en las propias cifras oficiales.

los pueblos indígenas, no asumía los estándares del Convenio 169 de la OIT, y por lo mismo fue rechazada sus organizaciones. Paradojalmente, ella fue desautorizada por altas autoridades de gobierno por la presión de los empresarios que vieron en ella una amenaza a sus inversiones, y no por la crítica indígena que generó.

La protesta social indígena frente a la actividad de estas empresas, en el caso mapuche, ha sido criminalizada, como han constatado en los últimos años diversas instancias de tratado de la Naciones Unidas, incluyendo el Comité de Derechos Humanos (2007), el Comité Contra la Tortura (2006) y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2009), así como los Relatores Especiales de la ONU para los derechos indígenas Rodolfo Stavenhagen (2003) y James Anaya (2009). (Observatorio Ciudadano, 2009).

Lineamientos del derecho internacional

La relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos ha sido objeto de análisis y preocupación desde el derecho internacional en las últimas décadas. Los avances existentes en este ámbito son, sin embargo, muy insuficientes. A contar de la década del setenta se han impulsado diversas iniciativas tendientes a regular el desarrollo de esta actividad desde la perspectiva de los derechos humanos. Una de ellas fue la iniciativa de la ONU para elaborar un **Código de Conducta para las Empresas Transnacionales**. La oposición de los países industrializados, sin embargo, determinó que tal Código no haya sido aprobado a la fecha. En el artículo 14 de la propuesta de Código se sostenía que: *“las empresas transnacionales deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que realizan sus actividades.”*

En años posteriores diversas instancias multilaterales han elaborado algunos lineamientos relativos a esta materia: la Declaración de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre inversión internacional y compañías multilaterales de 1976 (revisada en 1991 y 2000) y la Declaración Tripartita de la OIT sobre los Princi-

prios relativos a las Compañías Transnacionales y la Política Social de 1977. Más tarde la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías estableció un Grupo de Trabajo encargado de examinar los **métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales** para analizar los impactos que estas tienen en el disfrute de los derechos humanos. El preámbulo del Proyecto reconocía que *“aunque los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, en su calidad de órganos de la sociedad, también tienen la responsabilidad de promover y proteger los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”*

Dicho reconocimiento de la co-responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la protección de los derechos humanos, sin embargo, no fue aceptado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU la que el 2004 señaló que esta propuesta carecía de “autoridad legal” (Gómez, 2008).

El 2005, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas solicitó al Secretario General la designación de un **Representante Especial sobre Empresas y Derechos Humanos**. Tal designación recayó sobre John Ruggie. Su mandato era el de identificar y aclarar las normas de derechos humanos relativas a la responsabilidad y rendición de cuentas de las empresas, ampliar detalles sobre el rol de los Estados en la regulación y evaluación de las empresas, aclarar las implicancias de conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” respecto de las empresas, desarrollar metodologías para realizar evaluaciones de los impactos de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos, y llevar a cabo un compendio de mejores prácticas de Estados y empresas.

En consonancia con dicho mandato, concebido más como una investigación académica que como un proceso orientado a la identificación de lineamientos que pudiesen servir para la definición de normas vinculantes sobre la relación entre em-

presas y derechos humanos, el Representante Especial Ruggie ha emitido varios informes cuyo foco ha sido, más que de derechos exigibles, el de la responsabilidad social corporativa.

En su último informe “Proteger, Respetar y Reparar: Un Marco para las Empresas y los Derechos Humanos” presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2008, el Representante Especial propuso tres líneas de trabajo para enfrentar las implicancias de derechos humanos del actuar empresarial, al sostener:

(i) Los Estados tienen la obligación de brindar protección contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluyendo a las empresas, mediante políticas, regulación y sistemas de exigibilidad adecuados.

(ii) Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, lo que el Representante Especial definió como algo que, en esencia, implica manejar el riesgo de daño a los derechos humanos con vistas a evitarlo.

(iii) Las víctimas deben tener mayor acceso a recursos efectivos. (Red Desc, 2009)

La propuesta del representante Ruggie no considera de manera particular a los pueblos indígenas. La misma fue duramente cuestionada por organizaciones de derechos humanos y de pueblos indígenas, las que la consideran insuficientes como marco para avanzar en la definición de normas vinculantes de derecho internacional que establezcan la responsabilidad de las empresas frente a las violaciones de derechos humanos. También cuestionan que en su elaboración no se ha consultado ni tenido presente la visión de los pueblos indígenas y comunidades locales (Reunión de Consulta con Sociedad Civil, Buenos Aires, mayo de 2009).

El Convenio 169 de la OIT

La regulación desde el derecho internacional de la relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos de los pueblos indígenas ha tenido mayor desarrollo en las últimas dos décadas, en especial con la aprobación del Con-

venio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.²

El principio fundamental del Convenio en la materia es el de la autonomía. Es así como en su artículo 7 se reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. En esta misma línea se establece el derecho de los pueblos interesados a participar en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo susceptibles de afectarles directamente.

A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 6 que requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles, en instancias legislativas y administrativas. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y, a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe. El alcance del principio de buena fe supone que los mecanismos de consulta deben implementarse de una manera apropiada a las circunstancias y con la finalidad precisa de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La OIT ha establecido que las consultas con los pueblos indígenas y tribales, además, son obligatorias antes de emprender cualquier actividad de exploración o explotación de minerales y/u otros recursos naturales que se encuentren en las tierras de dichos pueblos; o cada vez que sea necesario trasladar a las comunidades indígenas y tribales de sus tierras tradicionales a otro lugar; y/o antes de diseñar y ejecutar programas de formación profesional dirigidos a los referidos pueblos.

2 Ello sin perjuicio del desarrollo que esta materia ha tenido por los órganos de tratado de la ONU, en especial el Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en algunos casos sometidos a su conocimiento.

La jurisprudencia de los órganos de la Conferencia de la OIT con competencia para analizar las reclamaciones presentadas por las partes por el incumplimiento de un convenio como el 169, es de sumo interés. Un caso relevante en la región es el de Bolivia, donde las organizaciones de pueblos indígenas han presentado, por intermedio de organizaciones sindicales, diversas reclamaciones relativas a la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, sin procesos de consulta adecuados conforme al Convenio 169 de la OIT, y sin participación en los beneficios. Una de estas reclamaciones fue la presentada por la Central Obrera Boliviana (COB) en relación a la emisión de resoluciones administrativas por la Superintendencia Forestal Nacional, que establecen 27 concesiones madereras por una duración de 40 años, renovables, que se sobreponen a seis territorios indígenas tradicionales; sometidos a un proceso de saneamiento con el fin de determinar los derechos de terceras personas al interior de los mismos, sin que haya habido un proceso de consulta previa.

98 En su informe la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) señaló que las acciones de saneamiento de tierras solicitadas y las expropiaciones y concesiones para fines de explotación pueden afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, subrayando que el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT (derechos sobre recursos naturales) debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio (derecho a la consulta). Por ello, la CEACR solicitó al gobierno información sobre la adopción de medidas para garantizar el derecho a la consulta en forma previa al desarrollo de estas actividades extractivas en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas, así como garantizar su participación en los beneficios o compensación por daños causados.³

3 En su informe el Consejo de Administración solicitó al Gobierno que: *"a) informe detalladamente a la Comisión de Expertos, sobre las medidas adoptadas o previstas para dar cumplimiento a las disposiciones del Convenio mencionadas en los párrafos anteriores; b) aplique plenamente el artículo 15 del Convenio y que considere establecer consultas en cada caso concreto, en especial cuando aquéllas afectan a extensiones de tierra como las*

Otra reclamación fue la presentada el 2004 por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL), referida a la comunidad indígena guaraní de *Tentayapi* del Departamento de Chuquisaca, con un territorio de 20.000 hectáreas, legalmente tituladas, donde una empresa petrolera (MAXUS-REPSOL) pretendía desarrollar actividades de exploración y explotación sin consulta ni aprobación de las comunidades. En su informe de 2005 la CEACR da cuenta que la empresa tuvo una reunión de información con la comunidad, pero que dicha reunión no satisface los requerimientos del Convenio 169 de la OIT en materia de consulta. Tales requerimientos implican, según la CEACR, el establecimiento de un diálogo genuino caracterizado por la comunicación y entendimiento, el respeto mutuo, y la buena fe, obligación que corresponde desarrollar a los gobiernos y no a las empresas privadas.⁴ Por lo mismo, constata la falta de consulta adecua-

tratadas en la presente reclamación, así como estudios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual, conjuntamente con los pueblos concernidos, antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en áreas tradicionalmente ocupadas por pueblos indígenas; c) informe sobre el proceso de saneamiento en curso en las tierras comunitarias de origen y sobre el establecimiento o sostenimiento de procedimientos adecuados de consultas que deben llevarse a cabo antes de iniciar cualquier actividad de prospección y de explotación de los recursos naturales, tal como lo dispone el Convenio; d) informe sobre los avances alcanzados en la práctica con relación a las consultas a los pueblos interesados, en la medida de lo posible de su participación en los beneficios de las concesiones y su recepción de una indemnización equitativa por los daños que puedan experimentar como resultado de esa explotación; además, que preste especial atención en su memoria a la situación específica de las comunidades indígenas que sufrirían un mayor impacto por los efectos de las concesiones madereras dentro de sus territorios, y e) pidió a los reclamantes que informen a la Comisión de Expertos si harán uso del derecho de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia, y si es el caso, que informe del resultado del mismo, y sobre el recurso incoado ante el Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE)." OIT, CEACR, 2004, disponible en: <http://www.ilo.org>

4 En el informe el CEACR sostiene que: "Los artículos 6, 7 y 15 del Convenio establecen, entre otros criterios aplicables a este tipo de consulta que la misma constituye un proceso y no un acto informativo, con un tipo de proce-

da respecto de las concesiones forestales y de explotaciones de hidrocarburos, e insta al gobierno a adoptar todas las medidas necesarias para dotarse de un mecanismo de consulta que responda a las disposiciones del Convenio.

En el informe anual 2009 de la CEACR, esta ahonda en la definición de los requisitos necesarios para que esta sea aceptable. Así sostiene:

“La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes. Si se cumplen estos requisitos, las consultas pueden ser un instrumento de diálogo auténtico, de cohesión social y desempeñar un papel decisivo en la prevención y resolución de conflictos.”⁵

100

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde los años setenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha recibido y procesado centenares

dimiento y con la finalidad de llegar a un acuerdo con los pueblos afectados, y en el caso de recursos naturales hay además otras exigencias. Como ya lo estableciera el Consejo de Administración en su informe sobre otra reclamación (documento GB 282/14/2, párrafo 38) «el concepto de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la exploración o explotación de los recursos naturales comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. Una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto con el Convenio». Además, la Comisión hace notar que la obligación de asegurar que las consultas tengan lugar de manera compatible con los requisitos establecidos en el Convenio, es una obligación a cargo de los gobiernos y no de personas o empresas privadas”. CEACR; 2005, disponible en: <http://www.ilo.org>

5 Conferencia Internacional del Trabajo, *op.cit.*, 2009, pág. 731.

de peticiones sobre situaciones que afectan a personas y comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En respuesta a estas peticiones la Comisión ha emitido numerosos informes, instando a los Estados a respetar sus derechos humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. A contar de los noventa, y con más frecuencia durante la presente década, estos casos han sido presentados por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte) para su conocimiento y resolución.

A través de sus sentencias, la Corte ha sentado una importante jurisprudencia en materia de derechos de pueblos indígenas, reconociéndolos en su especificidad y en su naturaleza, muchas veces colectiva, haciendo extensivo hacia ellos los derechos humanos contenidos en la Declaración y Convención Americana de Derechos Humanos, así como en convenciones de derechos humanos posteriormente aprobadas por la OEA.⁶ Aunque esta jurisprudencia ha tratado sobre materias de diversa naturaleza, incluyendo entre ellas la identidad cultural de los pueblos indígenas, la participación política de los mismos pueblos, y su personería jurídica, aquella relativa a sus derechos sobre las tierras, territorios, y recursos naturales, ha sido muy relevante. Esta última jurisprudencia ha definido lineamientos relativos a los derechos de pueblos indígenas frente a la actividad de empresas en sus tierras y territorios.

En efecto, el derecho de propiedad privada consagrado por la Declaración y la Convención ha dado fundamento a uno de los desarrollos jurisprudenciales más innovadores de la Corte en relación a los pueblos indígenas. Ello resulta particularmente relevante, toda vez que a pesar de su reconocimiento explícito como un derecho de carácter individual, la Corte lo ha considerado en el caso de los pueblos indígenas,

6 De especial relevancia en ese sentido ha sido el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988)

atendiendo a sus identidades y culturas, como un derecho de naturaleza comunal, por lo mismo de carácter colectivo. Así en el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*, la Corte reconoció el valor de la propiedad comunal de los pueblos indígenas a la luz del artículo 21 de la Convención Americana, la validez de la posesión de la tierra basada en la costumbre indígena, aun a falta de título, como fundamento de su propiedad sobre ellas, y la necesidad de que la estrecha relación que los indígenas tienen con sus tierras sea reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica.

Lo interesante de este caso para el tema que nos ocupa, es que la petición de la comunidad estuvo originada en la concesión, por parte del Estado de Nicaragua, de una concesión de explotación forestal, sin el consentimiento de la comunidad, a una empresa transnacional, de capitales asiáticos, sobre tierras y recursos de propiedad ancestral de la comunidad mayagna de Awas Tingni de la Costa Atlántica de ese país.

102

En años posteriores la Corte ratificó su interpretación sobre el alcance del derecho de propiedad de los pueblos indígenas reconociendo los derechos de carácter comunal sobre sus tierras ancestrales a las comunidades de *Yakye Axa* y *Sawhoyamaka* en Paraguay. Lo relevante de estos casos, es que a diferencia del caso Awas Tingni en que las tierras reclamadas por los indígenas estaban en poder del Estado, aquí eran de propiedad de terceros privados. No obstante aquello, y tomando en cuenta las implicancias que estas tierras tienen para las culturas y supervivencia de estos pueblos, la Corte dio prioridad al derecho de propiedad comunal indígena por sobre la propiedad privada, sin perjuicio de la indemnización al propietario de buena fe. Igualmente relevante, la Corte sostuvo que los derechos de propiedad indígena sobre sus tierras ancestrales no se extinguen mientras estas mantengan su relación con sus tierras, ya sea material o espiritual. En los mismos casos la Corte establece que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos naturales que han usado tradicionalmente en sus tierras.

Más explícito en relación con los recursos naturales es la

decisión adoptada por la Corte en el año 2007, el caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam*. Estableciendo nuevos estándares, la Corte concluyó, siempre al amparo del artículo 21 de la Convención, que los pueblos indígenas tienen derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentren en las tierras ancestrales que tradicionalmente ocupan y que son necesarios para su propia sobrevivencia, desarrollo y continuidad de su estilo de vida. La Corte se pronuncia además de manera expresa en relación con los planes de desarrollo o inversión de gran escala que provocan impacto mayor en los territorios de este pueblo, sosteniendo, en una interpretación progresiva, que los Estados tienen la obligación no sólo de consultarlo, sino también de obtener su consentimiento, libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones. Al amparo del artículo 21.2 de la Convención,⁷ dispone que este pueblo tiene derecho a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso o goce de sus tierras y de los recursos naturales necesarios para su supervivencia.

103

Al respecto la Corte señaló en este caso sobre las características de la información y consulta frente a planes de desarrollo:

“La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones”. (supra párr. 129).

Y agrega:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el

⁷ “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.” Art 21.2 Convención Americana.

pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones". (párr. 134)

Más adelante agrega en relación al consentimiento:

"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". (párr. 135)

Finalmente, en este caso la Corte se pronuncia sobre la participación de los pueblos indígenas en los beneficios de los planes de desarrollo:

"La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro del territorio Saramaka es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con el pueblo Saramaka. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención...". (párr. 139)

Al respecto concluye:

"En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en

equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia del pueblo Sarakama". (párr. 141)

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas

La Declaración de la ONU sobre derechos de pueblos indígenas (2007) avanza de manera importante en la definición de los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de empresas para la explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios.

Desde luego reconoce a estos pueblos indígenas un derecho fundamental, que hasta ahora les había sido negado, el derecho a la libre determinación en sus dimensiones políticas económicas, sociales y culturales, en igualdad de condiciones que a otros pueblos.⁸

Como una derivación de ello, establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la autonomía en asuntos internos y locales.⁹ Igualmente establece su derecho a determinar sus prioridades en materia de desarrollo.¹⁰

Consecuentemente con el derecho de libre determinación, los Estados tienen la obligación de recabar el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas antes de que adopten decisiones que les afectan. Entre las decisiones que de acuerdo a la Declaración requieren del consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas, se encuentran su traslado desde sus tierras y territorios (Artículo 10),

8 "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)

9 "Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas." (Artículo 4)

10 "Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo." (Artículo 23)

aquellas de carácter legislativo y administrativas que les afecten (Artículo 19), y la aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente aquellos relacionados con *"...el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo."* (Artículo 32.2)

A ello agrega el derecho a la reparación justa por tales actividades, y a la adopción de medidas de mitigación por las consecuencias adversas que estos generan.¹¹

La Declaración, finalmente, establece el derecho de los pueblos indígenas a que la propiedad ancestral sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, sea reconocida y protegida, y a que cuando esta haya sido confiscada sin su consentimiento, sea restituida, y/o compensada.¹²

Como sabemos, la Declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen, por si mismas, efectos jurídicos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Declaración.

Por lo pronto, de acuerdo a lo dispuesto en su articulado, tanto las Naciones Unidas, sus órganos de tratado, los órganos especializados, así como los Estados, deben promover el respeto y plena aplicación de sus disposiciones (Artículo 42).¹³ Ello es particularmente relevante en el caso de América

11 *"Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual"*. (Art. 32.3)

12 *"Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado."* (Artículo 28.1)

13 *"Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular*

Latina donde, salvo Colombia, que se abstuvo en la votación de la Declaración en la Asamblea general, esta fue aprobada con el voto favorable de todos los Estados de la región.

El carácter vinculante de esta Declaración ha sido argumentado por diversos analistas. Uno de ellos es el jurista español Bartolomé Clavero, quien sostiene que más allá de los aspectos teóricos y doctrinales de este instrumento, ello se desprende en forma inequívoca de sus artículos 38 y 42.¹⁴ Igualmente relevante, Clavero sostiene además, que la Declaración viene a elevar el perfil del Convenio 169 de la OIT en virtud del artículo 35 de este último instrumento.¹⁵ De este modo sostiene Clavero: *"...el Convenio puede constituir un instrumento realmente valioso para la recepción efectiva de la DDPI en el caso de los Estados que son parte del mismo o que lo vengan a ser en el futuro"*.¹⁶

El propio Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas reafirma que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre ellos, el que la Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos, el

a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración." (Artículo 42)

14 Al respecto Clavero señala: *"Es en todo este contexto donde cobran pleno sentido los artículos de la DDPI que, aun perteneciendo a una declaración, se refieren a su propio valor vinculante respecto a Estados, a pueblos indígenas y, desde luego, a Naciones Unidas en todo su despliegue de órganos y agencias tanto a nivel de sedes centrales como sobre el terreno."* Clavero, Bartolomé, *Cometido del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas a la Luz del Valor Vinculante y con Vistas a la Mayor Eficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Naciones Unidas, PFII/2009/EGM1/4, disponible en internet en <http://www.un.org>

15 *"La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales"* (artículo 35 Convenio 169).

16 Clavero, Bartolomé, *op cit.*

que es un instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de declaración, y el que diversos artículos pueden ser parte de normas internacionales vinculantes basadas en otros instrumentos o costumbres, independientemente de su inclusión en la Declaración.¹⁷

Las recomendaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas para los derechos indígenas, James Anaya, sobre el deber de celebrar consultas y la responsabilidad de la empresa privada (2009)

En un reciente informe sobre la Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo (2009), el Relator de la ONU para los derechos de los indígenas, James Anaya, se refiere a las implicancias del deber de consulta para las empresas privadas que actúan en tierras y territorios indígenas.

En su informe el Relator Anaya identifica, en base a los avances normativos del derecho internacional, los fundamentos del deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas en el sistema de la ONU, y las situaciones en que estas consultas deben realizarse. Al respecto llama la atención y manifiesta su preocupación por cuanto algunos Estados no consideran necesaria esta consulta frente a proyectos de inversión que se realizan en tierras que no han sido reconocidas como indígenas por el derecho interno. Al respecto el Relator sostiene:

“Esta posición es infundada ya que, de la misma manera que ocurre con el derecho a la libre determinación y con los principios democráticos, y debido a las condiciones generalmente vulnerables de los pueblos indígenas, el deber de ce-

17 Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, *Comentario General aprobado por el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas*, en su VIII período de sesiones, 29 de mayo 2009, publicado en el Informe sobre el Octavo Período de Sesiones, 18 a 29 de mayo de 2009: E/C.19/2009/14, disponible en internet en <http://www.politicaspUBLICAS.net>

lebrar consultas con ellos se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra reconocido o a otros derechos contractuales.” (párr. 44)

En el mismo informe el relator Anaya delinea las características que esta consulta debe tener, señalando que ella, además de celebrarse de buena fe, debe realizarse con miras a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. A ello agrega la obligación de los Estados de crear un clima de confianza con los pueblos indígenas que permita un dialogo productivo.

Para el caso de los proyectos de desarrollo o explotación de recursos que afectan a las tierras indígenas, el Relator sostiene:

“... para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre todos los aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno.”

Y luego agrega:

“A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios sobre el impacto ambiental y social a fin de que se puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas de las consultas, tener tiempo suficiente para entender las conclusiones de los estudios y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Además, un proceso de consultas basado en el consenso en contextos de esa naturaleza no debe solamente tratar las medidas para mitigar o compensar los efectos perjudiciales del proyecto sino también explorar y encontrar medios de distribución equitativa de los beneficios en un espíritu de verdadera colaboración.” (párr. 53)

En relación a las empresas privadas a las que los Estados generalmente otorgan concesiones para extraer recursos naturales o construir presas en tierras indígenas o sus inme-

diciaciones, el Relator Anaya sostiene que el Estado mantiene la responsabilidad de realizar debidamente las consultas con los pueblos afectados. Al respecto manifiesta su preocupación por cuanto en muchos casos los Estados transfieren a las empresas privadas esta obligación:

“De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, el deber del Estado de proteger los derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad. Además, al igual que en otros contextos, las consultas sobre actividades de extracción o de otro tipo relacionadas con el desarrollo y que afecten a pueblos indígenas deben hacerse tan pronto como sea posible y en todas las etapas del proceso de adopción de decisiones y, en todo caso, antes de que se otorguen las concesiones a las empresas privadas.” (párr. 54)

110

Respecto a la obligación de las empresas que desarrollan actividades extractivas o productivas en tierras indígenas, el Relator sostiene que si bien el derecho internacional no les impone directamente responsabilidad de respetar los derechos humanos, existe una creciente expectativa de que estas los respeten:

“Si bien en términos estrictamente jurídicos, salvo en ciertas circunstancias, el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de hecho cada vez más se evalúa a las empresas privadas según su acatamiento de las normas internacionales de derechos humanos. Es cada vez más generalizada la expectativa de que las empresas observen esas normas en sus respectivas esferas de influencia, expectativa que ha sido manifestada por la sociedad civil internacional, las instituciones internacionales de derechos humanos, los Estados y las propias empresas” (párr. 56)

Las obligaciones para las empresas privadas y para los Estados en este caso son identificadas por el Relator Anaya al señalar:

“Para que las empresas privadas observen realmente las normas de derechos humanos pertinentes en sus respectivas esferas de influencia es necesario que identifiquen, incorporen plenamente y apliquen efectivamente las normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas en cada uno de los aspectos de su labor relacionados con los proyectos que emprendan. Además, como parte de la diligencia debida a la que están obligadas, todas las empresas privadas que operen en las inmediaciones de pueblos indígenas deben asegurarse de que, con su comportamiento, no contribuyan a ninguna actuación u omisión del Estado que pudiera infringir los derechos humanos de las comunidades afectadas ni acepten dicha actuación u omisión, como el hecho de que el Estado no consulte adecuadamente a las comunidades indígenas antes de proceder a la realización de un proyecto. Por su parte, el Estado deberá siempre vigilar de cerca el comportamiento de las empresas para garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.” (párr. 57)

111

En sus conclusiones el Relator recomienda a las empresas privadas:

“Las empresas privadas que operen o se propongan operar en tierras indígenas o en sus inmediaciones deben adoptar códigos de conducta por los que se obliguen a respetar los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los instrumentos internacionales pertinentes, en particular la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.” (párr. 73)

Recomienda finalmente a los Estados en relación con estas empresas:

“Los Estados deben elaborar mecanismos específicos para vigilar de cerca el comportamiento de las empresas a fin de garantizar que se respeten plenamente los derechos de los pueblos indígenas y que se recurra plena y debidamente a las consultas exigidas.” (párr. 73)

Y agrega:

“Los Estados deben adoptar medidas para mejorar la capacidad de mediación de los organismos gubernamentales, en colaboración con las empresas si procede, para tratar los posibles conflictos de intereses en relación con las tierras y recursos indígenas y trabajar con todas las partes interesadas para aplicar dichos mecanismos y garantizar a ese respecto a los pueblos indígenas la igualdad de oportunidades y la protección contra la discriminación”. (párr. 74)

Comentario final

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos relativo a los pueblos indígenas, tanto en el sistema de la ONU -incluyendo aquí a la OIT- como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha establecido un nuevo escenario jurídico para la actividad de las empresas, sean estas nacionales o transnacionales, privadas o públicas, en tierras y territorios indígenas, y territorios contiguos.

Tal actividad no puede, en primer término, vulnerar los derechos propietarios de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, los que incluyen no sólo aquellos que emanan de la propiedad inscrita, sino también de la ocupación tradicional. La misma actividad debe ser desarrollada previo proceso de información y consulta, de buena fe, en un clima de confianza, y con el consentimiento previo libre e informado de los pueblos indígenas. Tales procesos, si bien involucran a las empresas, tienen como responsable fundamental a los estados, que son los garantes de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Se discute sobre el establecimiento en el derecho internacional de la responsabilidad directa de las empresas por sus violaciones a los derechos humanos, dentro o fuera de sus países de origen, pero no hay aún consensos en la materia. Finalmente, las actividades empresariales desarrolladas en tierras y territorios de los pueblos indígenas deben considerar su participación equitativa en los beneficios, o en caso de provocar lesión o daño, una compensación por los perjuicios que estos causen en sus comunidades.

DEFINIENDO ESTRATEGIAS JURÍDICAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹

Mikel Berraondo

Introducción

Antes de comenzar quisiera agradecer la invitación y la oportunidad de compartir con todos ustedes en un ámbito en el que no acostumbramos, tanto por el volumen de gente como por el lugar ya que no es común producir eventos de este tipo en la sede de los colegios de abogados.

Básicamente quiero compartir en este panel, tres cosas: Por un lado, hacer un análisis -seguramente me dirán un tanto crítico, pero a mi juicio bastante realista- de lo que tenemos en el ámbito internacional; luego, darles algunas ideas y comentarios que me surgen a partir del trabajo en el ámbito internacional y de cómo se da el trabajo en las instancias internacionales, teniendo en cuenta que muchas veces tratamos de aplicar en esas instancias internacionales la misma lógica jurídica que empleamos cuando trabajamos en los contextos nacionales. Desgraciadamente, la lógica en esos mecanismos internacionales difiere generalmente mucho de la lógica jurídica y, por último, quiero comentarles una posibilidad que nos estamos planteando junto con el Observatorio para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas del Neuquén, en el sentido de dar una mayor aplicabilidad al Convenio 169 de la OIT en países que lo han ratificado pero que, supuestamente -oficialmente según la versión del Estado-, no tienen

113

1 Ponencia presentada en el "Primer Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los pueblos Indígenas", Buenos Aires 5 y 6 de noviembre de 2009.

pueblos indígenas originarios y el Convenio se aplica, por lo menos en el caso de España, desde hace ya año y medio.

Mecanismos internacionales de protección de derechos humanos y derecho a los recursos naturales

En la actualidad tenemos muchos mecanismos en el ámbito internacional. Ya no estamos en la situación de hace diez o quince años, cuando contábamos con muy pocas posibilidades de actuación en ese espacio.

Ahora, el problema es otro: tenemos tantos mecanismos que debemos saber bien cómo podemos utilizar cada uno y para qué nos puede servir. Esa es una cuestión que es bien relevante puesto que, desgraciadamente, los mecanismos no suelen funcionar como dicen los reglamentos o los pactos internacionales que los han creado. Muchas veces depende de la sensibilidad que tengan los miembros de los mecanismos o el personal de las secretarías que los llevan a cabo, la posible eficacia o no de aplicarlos. Entonces, en ese contexto también hay que empezar a medir estas cuestiones.

Evidentemente, en el ámbito de las Naciones Unidas tenemos un sinfín de herramientas. Dentro del Consejo de Derechos Humanos está el Examen Periódico Universal (EPU); los comités de los tratados; en la Organización de Estados Americanos (OEA) tenemos la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana; en la OIT tenemos los comités tripartitos y los comités de expertos; y en la Organización de Cooperación Económica, que no se conoce mucho pero acaba de haber un caso muy interesante, están las líneas directrices para las empresas multinacionales. De alguna manera existe una variedad absoluta de mecanismos internacionales; pero debemos tener muy claro que, desgraciadamente, no sólo aplican derechos, sino que también responden a intereses políticos, puesto que -aunque sea una obviedad comentarlo, es importante tenerlo en cuenta- pertenecen, todos, al ámbito de las organizaciones de estados y, por lo tanto, responden todos a los intereses más o menos encubiertos que tengan los estados. Desde mi punto de vista, es importante no perder de vista eso.

Todos estos mecanismos que existen en el ámbito internacional nos ofrecen un abanico inmenso de posibilidades: desde las quejas, la petición de medidas cautelares o provisionales, las acciones urgentes y alertas tempranas en el Comité de Discriminación Racial, las posibilidades de que comités de las Naciones Unidas o de la OEA puedan realizar investigaciones, visitas in loco o acciones urgentes, hasta comunicaciones directas de mecanismos de Naciones Unidas con los estados.

Todo ello permite que los mecanismos de los diferentes organismos mencionados -como lo está haciendo últimamente el Relator Especial- puedan jugar un papel de mediación en distintos conflictos y problemas. Son muchas las posibilidades -que responden a resultados muy variados-, tienen enfoques distintos y por eso es importante tenerlo en cuenta, a la hora de plantear una posible acción en el ámbito internacional contra las actuaciones de empresas extractivas.

Ahora bien, si tuviéramos que analizar alrededor de estos tres mecanismos, podríamos compartir una realidad bastante deprimente, si me permiten la expresión, que es, desgraciadamente, la realidad de los mecanismos internacionales.

Porque, por un lado, frente a esta gran diversidad nos encontramos con que la mayor parte de ellos cuentan con recursos escasísimos, presupuestos reducidos, y se los obliga a tener perfiles muy bajos dentro de las organizaciones en las que están insertos. Generalmente tienen muy poco personal, y se potencia la contratación de profesionales con perfiles bajos, o sea, gente joven con poca experiencia que va a ese mecanismo internacional más que para aportar sus conocimientos, para aprender y coger experiencia.

A modo de ejemplo, sugiero dos casos que se están dando ahora mismo en la Comisión Interamericana: para empezar tenemos que DANIDA, la Agencia Danesa de Cooperación Internacional, estaría retirando sus fondos de apoyo a la Relatoría de Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y que varios de los principales abogados que ahora mismo están llevando todos los procesos ante la Comisión Interamericana y que más experiencias tienen, a fines

de este año 2009; acaban sus contratos y no se los renovarán.

Por otro lado, están absolutamente saturados de trabajo. Voy a referirme a las cifras que se suelen mencionar últimamente: sólo Perú tiene más de 400 quejas interpuestas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Imaginemos el volumen de quejas que maneja sólo la Comisión Interamericana en el ámbito de aplicación de sus convenios; y a partir de allí, el trabajo que pueden tener las Naciones Unidas, teniendo el ámbito internacional y sabiendo que en regiones como África o Asia no tiene sistemas regionales como el Sistema Interamericano y que la única posibilidad de protección son las Naciones Unidas. Por lo tanto, encuentran grandes problemas para poder cumplir con los procedimientos y así resolver los casos.

Además, los procedimientos suelen ser lentos, excesivamente burocráticos, siempre por escrito, que muchas veces son poco claros, incluso para el propio funcionamiento interno de los mecanismos.

A pesar de todo lo expuesto, prima -aunque parezca increíble- el hecho de que seamos unos “pesados” ante los mecanismos internacionales.

La insistencia, la perseverancia y la comunicación permanente es lo que acaba primando para que un caso pueda o no salir adelante en un mecanismo internacional. Así, el hecho de que el abogado, o quien esté impulsando el caso, realice una “presión” permanente a través de las comunicaciones con la persona que está llevando su proceso, muchas veces acaba siendo la única posibilidad de que ese proceso pueda avanzar. Incluso, dentro de los procedimientos hay lagunas; hay problemas de funcionamiento que ni las propias instancias saben cómo resolver.

A modo de ejemplo, puedo mencionar el proceso de Charco La Pava contra Panamá, a mediados de octubre de 2009. En la audiencia que teníamos ante la Comisión Interamericana se dio la circunstancia, como en muchos otros casos, de que somos varios los peticionarios frente al Estado panameño por el caso concreto de la empresa AES y la vulneración de los derechos de las comunidades Ngöbes del Río Changuinola.

Como es habitual también, entre los peticionarios hay una división fuerte, enfrentamientos, y muchas veces no hay coherencia en las posturas. Además, los problemas son muy distintos, porque hay comunidades totalmente afectadas y otras que por ahora no lo están.

De ese modo, en ciertos casos, algunos peticionarios aceptarían llegar a un tipo de solución amistosa junto con el Estado, pero otros no están dispuestos a ese tipo de solución. Así, teniendo en cuenta que según el procedimiento interno de la Comisión Interamericana, todos los peticionarios y el Estado tienen que estar de acuerdo para llegar a un proceso de solución amistosa, la salida a este tipo de problemas aún se encuentra pendiente.

No debe perderse de vista, como mencioné con anterioridad, que los organismos de derechos humanos, a pesar de ser muy sensibilizados porque tienen que proteger derechos fundamentales, son organismos que dependen de organizaciones compuestas por estados. En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos es uno de los ejemplos más claros. Además, hay que hablar de poca eficacia o de poca efectividad, puesto que no tienen mecanismos coercitivos para exigir el cumplimiento de estas resoluciones.

Incluso en relación con las sentencias de la Corte Interamericana, este organismo tiene serias dificultades para que los estados cumplan con las sentencias. Por ejemplo en el caso de Paraguay, todavía no se ha ejecutado las dos sentencias contrarias de los casos Yakye Axa y Sawhoyamaya. El Congreso paraguayo está vetando sistemáticamente todos los avances en el cumplimiento de esas sentencias, y el Sistema Interamericano no tiene capacidad coercitiva para exigir ese cumplimiento de las sentencias.

Dentro de este panorama un poco desolador, desde mi punto de vista, cuando entramos en los procesos internacionales creo que es importante tener muy claro que estamos dentro del contexto de los procesos jurídicos y que, evidentemente, estamos aplicando el Derecho Internacional y los tratados internacionales, pero también debemos tener presente

que existe un fuerte componente político dentro de esos procesos que, sobre todo, nos obliga a tener en cuenta que uno de los objetivos fundamentales de ese proceso será, tarde o temprano, encontrarnos con el Estado y dialogar con él.

En ese contexto, tendremos que ser capaces de utilizar todos los resortes y mecanismos internacionales para poder llegar a confrontar con el Estado en ese diálogo, en una posición de mayor fuerza, legitimidad jurídica e incluso política; acompañados de la fuerza de tener respaldo en distintas instancias internacionales.

Por otro lado, en este tipo de conflictos, no sólo para las comunidades corre el tiempo, sino que también para las empresas que quieren dar cumplimiento a los contratos.

De ese modo, no debe perderse de vista que la imagen de las empresas, son acciones en el mercado internacional y, por supuesto, a ninguna empresa le interesa tener campañas internacionales de desprestigio, estar inmersa en procesos internacionales, ni que se la pueda acusar o decirle -como nosotros le podemos decir ahora a la empresa estadounidense AES- que está siendo cómplice en la vulneración de unas medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la posible violación de prácticamente todos los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, según la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En esta línea, hay que tener en cuenta que los estados siempre evitan posibles sanciones que puedan afectar los intereses futuros en el ámbito extractivo. Y vuelvo al caso de Panamá: el mayor conflicto que tenemos nosotros con el gobierno de Panamá para llegar a una solución amistosa ahora mismo es, precisamente, el tema de la consulta (no el tema de la consulta acerca de cómo se repara el no haber consultado a la comunidad de Charco La Pava -que evidentemente no se hizo-, sino cómo se regula el ejercicio de la consulta para que en el futuro ninguna comunidad indígena en Panamá vuelva a sufrir lo que ha sufrido Charco La Pava en los últimos cuatro años). Esto se debe a que, efectivamente, Panamá ahora

mismo tiene un proyecto extractivo muy importante, donde Charco La Pava-Río Changuinola será un eje fundamental del desarrollo hidroeléctrico en los próximos años, y, además, un proyecto de minería a cielo abierto muy importante para los próximos cinco años, y una posible reglamentación del proceso de consulta les complicaría mucho todos estos procesos.

Me parece importante destacar que debemos ver el derecho en su versión preventiva, a pesar de que siempre lo utilizamos en su versión de reparación, pero en el Derecho Internacional, sobre todo a la hora de hacer estrategias de confrontación contra proyectos extractivos, es importantísimo plantearnos la posibilidad de poder utilizar siempre el derecho como mecanismo de prevención.

En este sentido, el proceso de consulta, de participación y de consentimiento es fundamental, así como es importante que las acciones de denuncia y de reivindicación comiencen cuanto antes, en el momento mismo de la firma de los acuerdos y al tomar conocimiento de los proyectos existentes. No se debe esperar, como pasó en Charco La Pava, a que la empresa llegue a iniciar los procesos de explotación y de construcción.

Incluso, la sentencia “Saramaka” nos impulsa a hacer esa utilización preventiva del derecho, con el planteamiento que hace acerca de cómo se tiene que utilizar la consulta y el consentimiento en materia de recursos naturales.

Por otro lado, es de gran importancia promover el proceso del ejercicio *de facto* del derecho. Es decir, no esperar a que haya reconocimientos nacionales del Derecho Internacional para que las comunidades indígenas empiecen a ejercer sus derechos.

Es esencial generar esa dinámica del ejercicio del derecho, a pesar, incluso, de que haya legislación nacional que la contradiga. Además, algunos de los casos más exitosos, por ejemplo, en el enfrentamiento contra empresas extractivas han venido a partir de estos procesos de ejercicio *de facto* del derecho, donde las comunidades han decidido ejercer sus derechos de autodeterminación y de consulta, y no han permitido la entrada de las empresas hasta que estos derechos fuesen respetados. Así, tenemos el caso de Sarayaku, en Ecuador, que lleva

desde el año 1999 paralizando la entrada de las petroleras en su territorio, y exigiendo procesos de consulta, procesos de consentimiento y respeto de derechos territoriales. Asimismo, podemos mencionar el caso que está pasando ahora en Perú -en Madre de Dios- con Federación Nativa del Río Madre de Dios (FENAMAD), que está ahora mismo actuando en contra de la explotación petrolera de sus territorios, paralizando el proceso de exploración que ya había empezado la empresa en connivencia con el Estado peruano, exigiéndoles el respeto de sus derechos humanos. Por lo tanto, es primordial armar todas estas estrategias de ejercicio de derechos, e incorporarlas en lo que son las estrategias de defensa de derechos.

Luego, creo que hay que entrar en campañas importantes de diversificación de mecanismos internacionales. Tenemos que ser conscientes de la necesidad de utilizar la mayor cantidad de mecanismos, en la medida de nuestras posibilidades; no sólo tratar de poner una petición en la Comisión Interamericana y esperar a ver qué pasa, sino que tenemos que ser capaces de articular con la OEA, con las Naciones Unidas y con la OIT, para evaluar de qué modo utilizar los distintos mecanismos en función de la situación y del caso de que se trate.

En ese sentido, es esencial llevar a cabo las peticiones o planteos a partir de criterios que son fundamentales en los procesos jurídicos. Es decir, tenemos que exigir el principio *pro homine*, y todo lo que es el principio de aplicación favorable del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, hacia los pueblos indígenas, lo cual ya se ha reiterado en repetidas ocasiones por las instancias internacionales.

Tenemos que exigir esa aplicación flexible del derecho en función de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que fue una de las bases de la sentencia Awas Tingni y uno de los grandes aportes que hace dicha sentencia al Derecho Internacional es que los Estados están obligados a cumplir con todas las obligaciones internacionales que tienen en función de los tratados internacionales.

En todo este contexto, y centrándome, por ejemplo, en lo que sería el Convenio 169 de la OIT, para el caso de España

surge la siguiente pregunta: cómo hacer para que la ratificación que hace España del Convenio 169 sea beneficiosa realmente para los pueblos indígenas, y no sea simplemente una mera declaración simbólica, como lo han intentado los Países Bajos, que lo hacen, simplemente, para aplicar sus políticas de cooperación. Evidentemente, lo primero a tener en cuenta es generar el marco de obligaciones que tiene España -o cualquier Estado- de cumplimiento con el Derecho Internacional que ratifica. Siguiendo esta línea, por ejemplo, vemos cómo el artículo 19 de la Constitución de la OIT obliga a todos los estados que han ratificado un tratado de la OIT -el que sea- a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de ese tratado.

A su vez, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados obliga a ratificar un tratado de buena fe, lo cual impide a los Estados la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para no cumplir con las obligaciones de un tratado y sumado a ello la jurisprudencia de la Corte Interamericana también impone el principio *pro homine*, el principio de aplicación favorable, etc.

En relación con las herramientas con que se cuenta para aplicar el Convenio, resulta adecuado reflexionar alrededor del artículo 4° del Convenio, que obliga a todos los Estados que lo han ratificado a adoptar medidas de salvaguarda para las personas, las instituciones, las culturas y las personas indígenas en general, más allá del país del que se trate.

A partir de esa reflexión, hay que superar la barrera de aplicación territorial que establece el artículo 1°, y contemplar la posibilidad de obligar a todas las instituciones del Estado a cumplir con el Convenio 169 de la OIT. Específicamente, debe buscarse que España realice medidas de salvaguarda en relación con aquellos actores que estén incidiendo de alguna manera en la violación del Convenio -fundamentalmente las empresas internacionales-. Ello, a través de la aplicación de un principio que se está instaurando en el Derecho Internacional desde hace tiempo: el de la aplicación extraterritorial, que se ha reconocido en distintos convenios internacionales como

el Convenio contra la Tortura o la Convención sobre los Derechos del Niño. Incluso, el Comité de Discriminación Racial, en 2007, a través del Informe de Seguimiento del Cumplimiento del Convenio con Canadá, obligó a ese país a asumir las responsabilidades por las violaciones que sus empresas hicieran sobre los derechos humanos de pueblos indígenas en terceros países. Es decir que se ha llegado a aplicar el principio de extraterritorialidad con respecto al Convenio de Discriminación Racial, específicamente para los pueblos indígenas.

Entonces, una vez desarrollado el planteamiento realizado, básicamente, a partir de ese artículo 2° del Convenio, que establece las obligaciones para todos los Estados de realizar programas de acción favorables a los pueblos indígenas; y del artículo 4° que obliga a realizar medidas de salvaguarda, la reflexión deviene en que debería ser posible -en el caso de España- aplicar este principio de extraterritorialidad, o exigir al Estado que hiciese medidas de salvaguarda para controlar y contrarrestar las acciones de las empresas españolas en territorios indígenas.

Asimismo, dentro de estas medidas, evidentemente debería caber la posibilidad de actuar ante los tribunales nacionales contra las empresas españolas, por lo que están haciendo en territorios indígenas y, en el caso concreto de la Argentina, plantear la posibilidad de armar una denuncia contra Repsol en España, en aplicación del Convenio 169 de la OIT y de esas medidas de salvaguarda que España debería estar realizando para proteger a los pueblos indígenas frente a las acciones de sus empresas, para así poder llevar a la empresa ante los tribunales españoles. Evidentemente, dentro de España ya sólo la interposición de la demanda sería un proceso muy interesante, porque generaría un debate que se está cerrando justamente ahora, a partir del retroceso que se está dando en España, en el Congreso de Diputados en cuanto a la aplicación del principio de jurisdicción universal.

Así, la posibilidad de la aplicación del principio de extraterritorialidad nos permitiría repensarlo, sobre todo en relación con los pueblos indígenas y el Convenio. Además, ten-

dría un impacto a nivel social y de la opinión pública de gran importancia sobre las actuaciones de las empresas españolas en territorios indígenas que contrastaría, de alguna manera, la imagen que estas empresas a nivel interno en España.

Reparación Histórica.

En principio, el tema de la memoria histórica es todo un debate, acerca del cual es muy complicado trabajarlo ahora mismo en un país como España, puesto que estuvo aplicando un sistema de derecho -el sistema de derecho indiano- en un contexto jurídico internacional en el que no existía el Derecho Internacional moderno que hoy conocemos, y no existían los delitos por los que hoy le exigiríamos reparación. Evidentemente, el Convenio no permite ningún tipo de respuesta para este tipo de situaciones. Pero el documento que hay que utilizar como documento de referencia es el informe de 1999 del relator especial Martínez Cobo sobre la validez de los tratados firmados por los pueblos originarios con las coronas y las potencias de colonización.

123

Es cierto que si bien a nivel jurídico sería complicado hacer procesos de reparación histórica con la Corona española, creo que sí sería muy interesante que se hiciese una campaña de presión política contra España -sobre todo en el contexto del Bicentenario- para que, por lo menos, hubiese una reparación moral.

En cuanto a la propiedad de las tierras en Panamá, situación parecida a la de Saramaka, según el gobierno panameño las tierras en conflicto, a 2005, eran tierras fiscales, pertenecían al Estado y, por lo tanto no tenía que hacer ningún proceso de consulta, ni de reconocimiento de derechos con nadie que habitara en la zona.

Además, se da la circunstancia de que en la zona en conflicto, cuando se hizo la ley de comarcas, quedaron fuera de la comarca estas comunidades Ngöbes por una decisión política, porque había constancia absoluta de que esos territorios eran territorios ancestrales de los Ngöbes. Hay pruebas evidentes de la utilización que ha habido de ese territorio dentro de la cultura ngobe, pero se dejan fuera en una decisión política. En

el principio del proceso, el gobierno panameño no reconocía ni que los moradores de las comunidades ngobe afectadas fueran realmente Ngöbes, decía que eran simplemente colonos o campesinos que querían hacer su jugada, que querían lucrar a costa del Estado. Y trató de reducir el debate a un conflicto simplemente de intereses. Con el avance del proceso, y sobre todo a partir de la mediación del relator especial y de la internacionalización del conflicto, hemos conseguido que el gobierno de Panamá reconozca que estamos hablando de comunidades indígenas -comunidades ngobe-, y hemos conseguido que a pesar de que dijera que eran tierras fiscales o tierras baldías, reconozca que eso era territorio ancestral ngobe, aunque estuviese fuera de la comarca.

Ese era un terreno que estaba concesionado a la empresa AES, y el conflicto surge cuando la empresa llega y empieza a echar a todo el mundo, por supuesto, de manera violenta, para empezar la construcción de la presa hidroeléctrica. A partir de la resistencia, a partir de todo el proceso de internacionalización que ha hecho, sobre todo, la comunidad Charco La Pava, ahora estamos en un ámbito de discusión completamente distinto del que había en 2005; y se está planteando el requerimiento de que se tienen que suspender las obras hasta que se resuelva el caso en la Comisión Interamericana. La empresa ya ha dicho que si la obligan a paralizar la obra, se van y dejan la construcción a medio hacer porque ya han perdido muchísima plata. Únicamente de junio a esta parte -cuando se publicó el informe del relator- conseguimos las medidas cautelares y conseguimos la admisibilidad del caso ante la Comisión Interamericana. Sólo ya con estos tres momentos, y con la actitud de resistencia de la comunidad y el ejercicio de derechos que está realizando -paralización de obras y bloqueo de carreteras-, le está costando bastante dinero a la empresa y empiezan a estar un poco hartos. A tal punto que realmente se están planteando la posibilidad de renunciar al contrato con el Estado y obligarlo a que le pague la indemnización por no poder cumplir con la obra.

TERCER PANEL

**“Acceso a la tierra y al territorio como derecho
fundamental de los pueblos indígenas”**

DERECHO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO: AVANCES Y DESAFÍOS EN LA EXPERIENCIA BOLIVIANA¹

Idón Moisés Chivi Vargas

Antes de comenzar quiero agradecer la invitación a este Encuentro y especialmente quisiera destacar el especial rol de los organizadores ya que no en todos los países contamos con Colegios de Abogados o Asociaciones de Abogados especialistas en la temática de los pueblos originarios. Asimismo quiero resaltar el rol de la Defensa Pública ya que, en el caso de Bolivia, depende del Ministerio de Justicia y está recién comenzando a trabajar en un organigrama con objetivos determinados.

127

Voy a comenzar tomando las ideas de la socióloga Silvia Rivera Cusicanqui, quien señaló que el origen de nuestras naciones y estados es “la raíz del colonizador o colonizado”. De ese modo, lo entendemos los pueblos indígenas de Bolivia. En el año 1492 -a partir de la conformación del Estado moderno- y el Derecho que hoy conocemos como contemporáneo se generó esa condición: colonizador o colonizado, y es en esa raíz que nos hemos dado la tarea de mirar, indagar y tomar una posición crítica frente al derecho y a partir del derechos frente al Estado.

Descubrimos entonces, que el legado (la modernidad y el sistema jurídico) de estas instituciones está íntimamente relacionado con el genocidio: un primer genocidio colonial que ha dejado una recopilación de las leyes de indias y un segun-

1 Ponencia presentada en el “Primer Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los pueblos Indígenas”, Buenos Aires 5 y 6 de noviembre de 2009.

do tiempo genocida, con constituciones códigos y leyes que se sancionaron sin participación de los pueblos originarios, en contra de ellos y que permanecen hasta nuestros días.

Al inicio de nuestras Repúblicas y Estados, se fue elaborando la legislación tomando como modelo al sajón, francés y americano, trayendo como consecuencia un *“Frankenstein jurídico”* que no brinda resultados adaptados a la realidad socio jurídica de los países latinoamericanos. A ello, debe sumarse que en países como Bolivia, Ecuador o Perú, los códigos mantienen hábitos coloniales.

Por ese motivo señalo que en Bolivia actualmente se ha iniciado un acto de rebelión jurídica, por medio de la cual se busca reorientar la función del derecho. Si buscáramos un origen de esto, podría ser la Revolución Francesa: libertad, igualdad y fraternidad. Así, aquello que para los teóricos de la ciencia política la versión constitucional boliviana vendría a ser una especie de liberalismo radical, para los indígenas es aún más claro: el derecho debe “hacer lo que dice”.

128

Por otro lado, quisiera mencionar que más allá de que se ha avanzado en la judicialización de las políticas, los pueblos indígenas entendemos que no se pueden dejar librados al azar (resoluciones judiciales) el reconocimiento de los derechos de personas y pueblos. Eso debe estar absolutamente claro en todo el desarrollo normativo.

En consecuencia, la participación en las asambleas constituyentes se orienta a tratar de generar constituciones con alto contenido plurinacional y respetuosas de los derechos de los pueblos originarios.

Consecuentemente y citando al portugués Boaventura de Sousa Santos *“el capital puede existir sin el colonialismo y así sucede en Europa y Estados Unidos, pero el colonialismo no puede existir sin el capital y así sucede en América Latina, en la India y África, y la condición colonial es el déficit mayor en las ciencias sociales y en la ciencia del derecho”*. Cuando comenzamos a trabajar en la Comisión Judicial lo descubrimos muy rápidamente.

Muchas veces los juristas estamos al servicio del liberalismo, del tutelaje anglo-eurocéntrico, y el Derecho se ha desarrollado de manera tal que se disfraza para encubrir un tema central: que el derecho le sirve al capital y no al revés.² Y esto me recuerda a Félix Cárdenas Aguilar, líder indígena, quien muy claramente le dijo a Jorge Lazarte -el mayor cientista político de mi país-: *“Don Jorge: tú eres un esclavo del liberalismo. Tu cerebro tiene tantas alas pero está en una jaula de hierro no puede, no quiere volar aunque tiene la puerta abierta, porque la Asamblea Constituyente era esa puerta.”*

En este contexto de colonialismo y de capital es donde se inscribe la cuestión de la tierra y el territorio. No hay proceso de transformación estructural que sea exitoso si no se resuelve el problema de la tierra, es decir, el problema de la propiedad agraria.

Cabe destacar que el problema de la tierra nos ha enseñado qué piensan nuestras elites locales en Bolivia al respecto, así fue como el 11 de septiembre de 2008 se llegó a la masacre de alrededor de 20 de campesinos, e indígenas.³

Detrás de estos hechos se encuentra la problemática agraria. Cuando se discutía el problema de la propiedad máxima que es 5.000, se establecía por decisión del Referéndum Constitucional y se revisaba hacia atrás o sea que la visión era retroactiva de los títulos y de los documentos agrarios. Eso alarmó enormemente, al sector empresarial agroindustrial de mi país porque saben que gran parte de los títulos de propiedad que tienen son fraudulentos.

No debe olvidarse que la época de mayor crecimiento de

2 Destacando y reconociendo que los principios tales como la presunción de inocencia, o el debido proceso o el derecho de defensa son logros inobjetables, ejemplos válidos de lo expuesto son la guerra del agua, la guerra del gas, las leyes de seguridad ciudadana, las reformas al código penal y procesal penal, y en el caso particular de Bolivia, la vigencia de un código de comercio que data del año 1873, agregándose además la ley de conciliación y arbitraje del año 1897, en la cual se incorporó el arbitraje internacional funcional a Estados Unidos.

3 Hecho conocido como la masacre de Pando.

la agroindustria en Bolivia, fue la época de los '70. Entre los años 1989 y 1993 fueron los períodos de mayor expansión de la propiedad agraria latifundista en el oriente de Bolivia.

Por su parte, los pueblos indígenas desde mucho antes de los años '90, en el año 1899, en el marco de lo que en Bolivia se conoce como la Guerra Federal, planteaban la problemática del autogobierno y la constitución de un gobierno propio de indígenas.⁴

En el primer caso, la restitución de tierras indígenas era una exigencia a los hacendados que en ese tiempo tenían varias formas de apropiarse de la propiedad agraria, ya sea mediante policías a caballo, policía blanca, camisas blancas, o mediante préstamos económicos a los indígenas en los cuales, en caso de no poderse devolver el dinero, el prestamista tenía la prioridad para poder comprar territorio indígena. Eso fue muy común en Bolivia durante el siglo XIX y parte del XX.

En general, hemos tenido aproximaciones y conocimiento de cuáles son los orígenes de la propiedad agraria en Bolivia.

Como en gran parte de América Latina, ya desde la época del periodo colonial se pagaba a la Corona, enviándose cargas de oro para que en Lima entregaran los "títulos de composición" (acuerdo o arreglo económico respecto del derecho propietario). En Bolivia debió realizarse en tres oportunidades: 1560, 1600 y 1700. Tres veces se pagó el derecho propietario en el territorio boliviano a la corona de España. Luego con la reforma agraria del '53 los indígenas tuvieron que demostrar nuevamente su derecho propietario. En conclusión, en reiteradas oportunidades hubo que demostrarlo: tres veces se lo pagó, y luego en dos oportunidades se le demostró al Estado republicano liberal, los derechos sobre esas tierras,⁵ que además constan en títulos antiguos.

4 Pablo Zárate Willka, en "La Proclama de Caracollo" del 9 de abril de 1899, planteó la restitución de las tierras de la comunidad a sus verdaderos dueños (los indígenas), así como también la constitución de un gobierno propio de indígenas.

5 A modo de ejemplo, Emiliano Zapata caminaba con una caja grande, con un cofre, donde tenía los títulos coloniales de propiedad agraria. En

Después de la reforma agraria de 1952, en la que se vuelve demostrar la legitimidad de la propiedad de esos territorios, hubo un proceso de reversión de tierras en Bolivia, muy fuerte en la zona del Altiplano. Este proceso no fue gratuito, los indígenas debieron pagar a los patrones para que devuelvan la tierra. Así fue como muchos de ellos dejaron sus tierras porque la revolución estaba dando mucho que decir y habían muerto varios patrones en zonas como Chuquisaca y Cochabamba, entonces prefirieron dejarlas, pero iniciaron juicios para que los indígenas les pagaran en dinero esta reversión de tierra, no fue tal reversión entonces.

En 1993 se descubre, en el gobierno de Jaime Pasamora, que el Consejo Nacional de Reforma Agraria se había convertido en la zona de corrupción más grande de Bolivia. El Consejo Nacional de Reforma Agraria fue intervenido y se destituyó un ministro, pero la intervención fue muy poco seria y se ocultó y se trató de legalizar todo lo que se había hecho ilegalmente.

Así fue como el saneamiento se comienza a acelerar, y los títulos fraudulentos pretenden ser legalizados, pero hubo oposición indígena. En mi caso, he sido asesor del Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (CONAMAQ), y junto con la Confederación Sindical de Trabajadores Sindicales de Bolivia y el Movimiento de Mujeres Campesinas Bartolina Sisa, detuvimos dos decretos supremos que viabilizaban todo el latifundio y legalizaban todas las propiedades agrarias. En ese mismo tiempo descubrimos, que son unas cuantas familias las que controlan la propiedad agraria. Es el caso de Santa Cruz en donde quince familias controlan medio millón de hectáreas, equivalentes en tamaño a veinticinco veces la ciudad de Santa Cruz.

Otra de las grandes problemáticas que se da en Bolivia se vincula con las comunidades indígenas en situación de cautiverio, nosotros las llamamos comunidades empatronadas. Se trata de indígenas que viven sujetos, en condición de servidumbre, a ciertos hacendados. Se recomienda que se dé cierta prioridad al saneamiento de tierras para que esta situación

Bolivia, Santos Marka Tula, Pablo Zarate Willca y muchos líderes de fines del siglo XIX y principios del XX caminaban con cajones y papeles viejos.

vaya disminuyendo, sin embargo la Iglesia Católica sostuvo que no hay comunidades empatronadas en mi país, Bolivia. Cabe destacar que fue la misma Iglesia Católica la que en el año 2000 denunció el cautiverio de indígenas en el Chaco boliviano.

Los miembros del Foro Permanente para cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, cuando visitaron Bolivia y Paraguay, en el caso del Chaco también, volvieron a encontrar indígenas en situación de cautiverio; pero el Cardenal de mi país, siguió sosteniendo que no hay esclavos en Bolivia, en sentido contrario a todo lo que la Iglesia había dicho hasta ese momento.

Desde nuestra constitución, le damos prioridad a la temática tierra, que no puede abordarse sin tener en cuenta la cuestión del “territorio”; y eso para nosotros se llama “autogobierno”, en el sentido estricto en que se encuentra en la declaración de derechos de pueblos indígenas.

Comentarios Finales

132

En relación con la “tierra y el territorio” nuestra constitución establece que los recursos naturales renovables son de gestión de los pueblos indígenas y los no renovables son propiedad del pueblo boliviano, esto fue definido por el Pacto de Unidad, que es la unión de los indígenas del oriente y occidente, sindicatos campesinos, mujeres campesinas y colonizadores (que ahora se llaman comunidades interculturales).

Es importante destacar que los recursos naturales no renovables son de propiedad del pueblo boliviano, no del Estado. Hay una diferencia entre Estado-propietario y pueblo-propietario, ya que cualquier decisión sobre los recursos naturales no renovables se tiene que llevar a referéndum popular. Así, el Estado se convierte en un mero administrador, y está bien que sea de ese modo.

Aunque el concepto “territorio” puede llevar a soberanía o mucho más allá todavía, para nosotros el territorio indígena remite a los conceptos de autogobierno y autodeterminación, tal como señala en la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas.

El artículo 46 de la Declaración de Pueblos Indígenas impide que los grupos o pueblos puedan atentar contra la unidad de los Estados. No hay una sola organización indígena en mi país, que hable de 36 naciones, frente a la Nación boliviana. Somos 36 naciones que estamos dentro de la Nación boliviana, eso es plurinacional, no es ni más ni menos que la *constitucionalización*, no el reconocimiento. Se ha luchado mucho para sacar del lenguaje la palabra “reconocimiento”, ya que al ser un proceso constituyente, no pedimos que nos reconozcan, sino que nos constitucionalicen. Por ese motivo, decimos que lo plurinacional no es más que la constitucionalización de la realidad de nuestra existencia.

Asimismo, en muchos casos ha costado que se entienda la palabra “comunitario” del artículo 1° de la Constitución de Bolivia, pareciera ser un refuerzo de lo plurinacional. Es el truco central de la idea de bien común, de la redistribución de la riqueza social que produce el país, en el común de los bolivianos y de las bolivianas. Podrían considerarlo como un planteo marxista o no, pero lo fundamental es que el Estado tiene la obligación de redistribuir la riqueza que generamos como país, entre todos los bolivianos y bolivianas. Esa es la idea de “comunitario”, de bien común. Así está en el preámbulo.

Lo expuesto, generó en Bolivia que los sectores criollos minoritarios se alarmaran al punto de manifestar que estas posibles reformas sólo beneficiarían a los pueblos indígenas, dejando de lado a los individuos y los ciudadanos que no son indígenas, y que utilizaran este argumento para ir en contra de los derechos de los pueblos originarios, avasallando incluso, el derecho a consulta.

Todavía hoy, en Bolivia, se discute dentro del mismo Poder Ejecutivo el derecho indiscutible de consulta a los pueblos indígenas, que está previsto tanto en la ley como en la Constitución y respecto del cual cabe destacar que no se trata sólo del derecho a consulta, sino que además los pueblos deben dar su consentimiento.

Nosotros lo decimos muy claramente y lo decimos desde Bolivia, que nada puede suceder en América Latina sin nosotros.

ACCESO A LA TIERRA EN ARGENTINA: LOS PRINCIPALES CONFLICTOS Y DECISIONES JUDICIALES EN LA MATERIA

Nelson Rapiman y Fernando Radziwilowski

Introducción al rol de la Defensa Pública de la provincia del Chubut

El objetivo de esta presentación es relatar la experiencia que desarrolla la Defensoría Pública de la provincia del Chubut, en el ejercicio de la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. El actual proceso institucional de la Defensoría de Chubut, tiende a avanzar en la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos de los pueblos y comunidades originarias. Compartir también, con ustedes, experiencias de campo, de trabajo concreto en el patrocinio de casos.

Creemos que contando esta experiencia que se viene desarrollando en Chubut, aportamos a uno de los objetivos de este encuentro; me refiero concretamente, al que se enuncia como: intercambiar experiencias positivas y buenas prácticas en la promoción de defensa de los derechos de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta las principales herramientas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Sistema de Naciones Unidas y su aplicación en el ámbito interno. Y elaborar estrategias conjuntas para su difusión y fomento.

En este marco parece importante poder contarles que la provincia del Chubut en el año 1994, modificó la Constitución Provincial, incorporando un Ministerio Público bicéfalo, integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio de la Defensa Pública. En diciembre del 2000, se nombró el primer defensor general que es el doctor Hugo Barone, y en el 2002 se aprobó la Ley Orgánica de la Defensa Pública.

La provincia de Chubut, cuenta con 450 mil habitantes aproximadamente, que están nucleados en 4 puntos urbanos, que son la ciudad de Puerto Madryn, la ciudad de Trelew, la ciudad de Comodoro Rivadavia y la ciudad de Esquel más una veintena de pequeñas localidades con importante población rural. Estudios no oficiales dan cuenta que el 50 por ciento de esta población tiene algún tipo de pertenencia a pueblos originarios, fundamentalmente Mapuches, Tehuelches y de otras comunidades y pueblos originarios.

Desarrollaré a continuación cuál ha sido la política institucional de la Defensoría Pública en estos 10 años. Se subdivide en tres etapas, una primera etapa que abarca los años 2001 al 2003 que tuvo como visión estratégica la construcción de una defensa pública con fuerte presencia institucional, dentro y fuera del Poder Judicial, fortaleciendo la autonomía relativa regulada en la Constitución Provincial.

Las acciones que se implementaron en esta primera etapa fueron seleccionar temas estratégicos, se dio la apertura institucional de la defensa hacia otros actores de la sociedad por medio de convenios con colegios de abogados, universidades y ONG. Se puso especial énfasis en garantizar la doble instancia en los procesos penales y en el control de los lugares de detención y prevención de las torturas. Además, en el año 2002, se dio la construcción participativa de un proyecto de la Ley Orgánica de la Defensa Pública y en ese mismo año también se sancionó. Asimismo se conformó el Consejo Provincial de la Defensa Pública y se dio un crecimiento cualitativo del plantel de abogados que trabajan en la defensa de la vida pública.

En la segunda etapa, que abarca los años 2003 a 2006 tuvo como visión estratégica fortalecer y profundizar las acciones encaradas, y trabajar en el sentido de pertenencia institucional y también en la autoestima institucional. Las acciones de esta etapa fueron dar una planificación institucional. Se incluyó una línea de acción específica de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), iniciando la sensibilización con acciones de capacitación y organizadas por la escuela de capacitación del Poder Judicial, con firmas de

convenios de cooperación con Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (en adelante ENDEPA), un trabajo de muchos años en materia de derechos de las comunidades indígenas.

En el año 2007 se dio la planificación bienal y se trabajaron en Esquel talleres acerca de los alcances del convenio 169 de la OIT que se llevó a cabo también, con la participación de ENDEPA y la Organización de comunidades mapuche-Tehuelche “11 de octubre”. Además se realizaron encuentros en la Oficina Civil de Trelew, de Esquel y de Puerto Madryn con el Dr. Eduardo Hualpa, abogado de ENDEPA y miembro de la AADI.¹ Además se creó el banco de datos de casos de torturas y otros datos crueles, inhumanos y degradantes. Este dato institucional es importante, ya que en la provincia de Chubut, como en muchas otras, la población en prisión y la población detenida, en gran porcentaje, son integrantes de comunidades indígenas, fundamentalmente por ser pobres, ya que la pobreza, es uno de las principales cuestiones que se criminaliza.

La tercera etapa de la Defensoría Pública abarca del año 2006 al 2009, dicho período, tuvo como visión estratégica consolidar el proceso que inició en el 2001 y mejorar la organización y gestión de las oficinas de la Defensa Pública para brindar un servicio eficiente. Aquí, en este periodo, además de desarrollar un proyecto unificado de gestión, con la participación de la universidad de La Patagonia, se dio una planificación bienal y se crearon las áreas de defensa de derechos económicos, sociales y culturales en la órbita de la Defensoría Civil y de la asesoría de familia. Estas áreas de defensa de los derechos económicos, sociales y culturales y de defensa de los pueblos indígenas, fueron creadas en Trelew, Esquel, Comodoro Rivadavia y en Puerto Madryn y el énfasis puesto en el trabajo, en las áreas de derechos económicos, sociales y culturales fue la atención del núcleo básico de DESC, esto es salud, alimentación, educación y vivienda, y también por su especial trascendencia en nuestra provincia en los derechos de los pueblos indígenas.

Coherente con todo este proceso, se modificaron los perfiles de la jefatura de la defensa pública, que son la segunda

1 Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena

instancia administrativa luego del defensor general.

La visión estratégica de las áreas de derechos económicos, sociales y culturales, que están bajo nuestra responsabilidad, es incorporar en la política institucional la premisa del carácter operativo de esos derechos, e influir en la modificación de las prácticas de las oficinas de la defensa para trabajar en la exigibilidad tanto de los derechos económicos, sociales y culturales en general, como de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en particular. Tuvo cuatro ejes de trabajo este proceso de instalación de las áreas: un primer eje fue la sensibilización de todos los integrantes de la defensa pública y de la judicatura, para lo cual se dieron acciones de capacitación, se generaron procesos de información hasta que finalmente se creó el área especializada.

Las acciones de sensibilización que se dieron a lo largo de 6 años, han sido reuniones de trabajos que el defensor general ha realizado con todos los integrantes de la Oficina de la Defensa Pública, además de los defensores jefes. Se dieron relevamientos de los casos de violación de los derechos económicos, sociales y culturales y derechos indígenas en los medios de comunicación. Además en el año 2004, se dictó un seminario de derechos humanos organizado por la escuela de capacitación y la fundación Konrad Adenauer y se dictó un módulo de DESC a cargo del Dr. Alejandro Morlachetti, reconocido especialista y doctrinario del sistema interamericano de derechos humanos.

Por otro lado, en el 2005 en los encuentros anuales que realiza la Defensoría Pública se dio una conferencia en Esquel sobre el rol de la Defensa Pública en la protección de los derechos humanos. El doctor Víctor Abramovich, quien ha sido miembro de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, participó en una comisión de trabajo respecto al acceso a la justicia y defensa de los nuevos derechos.

Otro encuentro organizado por la Defensoría Pública, se realizó al año siguiente en Puerto Madryn y contó con la participación de la doctora Silvina Ramírez, hablando acerca de la exigibilidad de los derechos sociales.

En materia de capacitación, la Defensoría Pública, ha instado la visita y la participación de reconocidos doctrinarios. Así, en el año 2005 se realizó un taller por parte del Dr. Alejandro Morlachetti y por el Dr. Gustavo Moreno, este último, asesor tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el año 2006 participó Gustavo Maurino y el Dr. Rolando Gialdino, Secretario de la Corte Nacional, dando un taller especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el año 2007, también se realizaron reuniones de trabajo con los defensores y asesores especializados, ya elegidos por el Consejo de la Magistratura; y finalmente en el año 2008 se construyó participativamente la regulación de las áreas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La sistematización de información para llegar a conformar las áreas, ha sido muy importante, ha implicado recopilaciones, estigmatización de jurisprudencia y sistematización de los casos que han sido patrocinados por la Defensoría Pública. Se creó un área de jurisprudencia y servicios de asistencia para las áreas de derechos económicos, sociales y culturales de la Defensoría General, para finalmente arribar a la creación del área.

La creación del área fue un proceso complejo, que se fue dando con acciones institucionales a lo largo de varios años. En el año 2005, el defensor general dictó una resolución donde instruyó especialmente a las asesorías de familia (Ministerio Pupilar) para que profundicen la atención de los casos en los que se detecte la violación de derechos económicos, sociales y culturales y especialmente en situaciones donde la vulneración sea susceptible de amenazar el derechos de los niños a la convivencia familiar y comunitaria.

También en el año 2006 se dictaron dos resoluciones dando reconocimiento a la Defensoría de Puerto Madryn y Comodoro Rivadavia por el trabajo que desarrollaron en la protección de grupos de personas migrantes; y en esos casos también se requirió a la jefatura que refuercen las acciones vinculadas con la defensa de los DESC; y puntualmente en una última resolución de ese año 2006, el Defensor General instruyó a todos los defensores jefes a implementar progresivamente el área especia-

lizada. Este proceso concluye en el año 2007, cuando se llama a concurso de antecedente y oposición ante el Consejo de la Magistratura de la provincia para cubrir los cargos de asesores y defensores especializados donde fueron seleccionados entre otros cuatro colegas más, el Dr. Fernando Radziwilowski y quien les habla. A su vez, en el año 2008 se produjo la creación de las áreas, fijando los lineamientos de trabajo por medio de la resolución 22/2008 que dictó la Defensoría General.

Los próximos desafíos en este largo proceso de instalación y de agenda de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de la defensa de las comunidades y los pueblos originarios, son poder continuar litigando con casos estratégicos, poder generar jurisprudencia favorable más allá de esta apropiación que ha hecho la Defensoría Pública. Advertimos en la práctica y en el litigio cotidiano, que este proceso no ha sido seguido por la Magistratura en la provincia de Chubut y cuesta un enorme trabajo poder instalar la exigibilidad de estos derechos.

140

El último propósito de política institucional es crear una oficina especializada en derechos indígenas, dándole una especificidad al tema, que el defensor general proyecta poder instalar en la ciudad de Esquel y con competencia para toda la provincia.

No quiero dejar de mencionar, como miembro del pueblo Mapuche, que es una muy grata noticia la organización de este evento por parte de la AADI, y la otra cuestión no menos importante, es que el Colegio de Abogados de la Capital Federal haya co-auspiciado este encuentro. Este temperamento está lejos de ser el común de la abogacía colegiada del país. Me atrevo a decir que en nuestra región una buena cantidad de abogados y de colegios de abogados ha estado históricamente más consustanciado con la violación de los derechos de los pueblos originarios que con su defensa.

Lo último que quiero contarles es que este proceso y este trabajo institucional que brevemente he intentado exponerles, ha sido posible gracias a la asistencia y al trabajo incansable de un gran amigo y colega, que nos ha dejado hace algunos pocos días, me refiero al Dr. Luis Paoloni, que se

desempeñara como secretario de Política Institucional y de Nuevos Derechos de la Defensoría Pública de Chubut.

Experiencia de la defensa pública en litigios vinculados con la protección de derechos de los pueblos indígenas

La intención principal de esta ponencia es contar la experiencia de campo, la práctica concreta que estamos viviendo desde el Ministerio de la Defensa Pública de Chubut. No analizaremos la totalidad de los casos, sino sólo algunos, ejemplificativos. Así, nos interesará hacer especial hincapié en cómo al mover una pieza, una ficha en este engranaje, se mueven otras y pasan otras cosas y cómo, tal vez en un mismo procedimiento de reclamo, ya sea territorial o por integridad cultural, por cuestiones de identidad, se suceden todas otras cuestiones que son lo que llamaría *“esquirlas del procedimiento”*, que también son de reconocimiento o son parte de esta gestión de acompañamiento y asistencia técnica en la lucha por la reivindicación de los derechos del pueblo Mapuche o Tehuelches.

Nosotros estamos trabajando en un área de Defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dentro de lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus observaciones generales, plantea como distintos niveles de obligaciones por parte del Estado. Así, plantea las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos.

Entiendo que nosotros como Defensoría Pública somos un organismo estatal, por lo cual, también estamos obligados en diferentes niveles y, en el trabajo cotidiano que estamos haciendo, podríamos hacer un pequeño encuadre tal vez para posicionar hacia dónde apunta el cumplimiento de estas obligaciones.

La libre determinación de los pueblos indígenas es una obligación de garantía para el Estado que tiene la obligación de garantizar derechos. Me circunscribiré al reconocimiento de la libre determinación o autodeterminación como una obligación de respeto. Es decir, una obligación donde el Estado no tiene que tener mayor injerencia sino respetar derechos de otros. Esto se hace en la experiencia cotidiana y en el trabajo del día a día.

El primer posicionamiento es el que se refiere al cumplimiento de la obligación del respeto: tener en consideración cómo se organizan las comunidades, quiénes son sus autoridades, cómo resuelven los conflictos, ver si son conflictos internos de la comunidad, si se pueden resolver a través del derecho consuetudinario de la propia comunidad. Hay muchas comunidades de características distintas, y si bien el pueblo Mapuche es un pueblo, en las diversas comunidades se manifiesta de distintas maneras, tanto su organización como también lo que pueden ser las normas de derecho consuetudinario.

También, nuestro trabajo concierne a los niveles de obligaciones que se relacionan con la obligación de protección, a la que podríamos encuadrar -a modo de ejemplo- en la asistencia técnica-jurídica que venimos prestando en cuanto a los reclamos territoriales existentes, que si bien tienen denominadores comunes en su gran mayoría son de diversa índole. Un ejemplo de ello son los reclamos frente a terceros a quienes por lo general las comunidades llaman “terratendientes” o “estancieros”. Me voy a referir a ellos con este último término, para simplificar el discurso. Más allá de eso, podemos encontrar reclamos territoriales frente al Estado y en nuestro caso frente al Estado provincial.

Por otro lado, como una de las principales misiones del Ministerio de la Defensa Pública, en cuanto a obligación de garantía, nuestro trabajo se encamina a garantizar el acceso a la jurisdicción. Es decir, o bien el efectivo acceso a reclamar ante los jueces, o bien la asistencia técnica-jurídica en cuanto a reclamos, ya sean administrativos o acompañamiento en reclamos, inclusive extra institucionales.

Mi ingreso en la Defensa Pública se ubica dentro de la segunda etapa a la que se refiere el Dr. Nelson Rapiman. En ese momento, existían muchos y diversos reclamos de miembros pertenecientes al pueblo Mapuche y de sus comunidades, de variadas características. Tanto los reclamos como las comunidades eran invisibilizados sistemáticamente en la mayoría de los casos.

De a poco, fueron incorporándose esos reclamos y frente

a nuestra expectativa había dos posibilidades: que la institución rechace esa incorporación o que la respete. En esos términos uno pensaba que, por cómo se daba la situación, por cómo estaba en juego en la provincia de Chubut, que el 90% de las probabilidades era que se rechace. Sin embargo, recibo con enorme satisfacción, no solamente un “no rechazo”, sino un gran apoyo.

Uno de los primeros casos es el de miembros de la comunidad Mapuche de Pillan Mahuiza, que se encuentra en la localidad de Corcovado a 90 kilómetros de la ciudad de Esquel. Ellos plantearon la negativa por parte de la cooperativa de los servicios públicos de realizar la conexión al servicio de la energía eléctrica. El padre de esta familia era artesano platero Mapuche y tenían una hija menor de edad que tenía un problema de salud respiratoria por lo cual necesitaba nebulizarse frecuentemente y para eso necesitaba ser asistida por un nebulizador eléctrico.

La cooperativa de servicios eléctricos tenía, sobre todo en aquel momento, una enorme afinidad con el gobierno municipal de turno, el cual resistía y hostigaba permanentemente a esta comunidad Mapuche.

Es importante resaltar que la Defensa Pública haya tomado este caso, que no lo haya rechazado, e insistir en los niveles de obligaciones a los que me referí en los apartados anteriores.

Esta comunidad Mapuche hizo una recuperación de tierras en el año 2000, y actualmente se encuentran asentados en ellas. Esa recuperación territorial se hizo en las denominadas, y es nuestro el entrecomillado, “tierras fiscales”, que habían sido cedidas por el gobierno provincial a la policía de Chubut. Por lo tanto, la Defensoría Pública estaba incorporando un reclamo de una comunidad Mapuche que había recuperado un territorio del poder estatuido y estaba administrado por la policía de la provincia de Chubut. Al interponerse una acción de amparo, que fue la vía procesal escogida en ese momento para lograr la conexión del servicio de energía eléctrica, se planteó claramente que eran tierras que tradicionalmente ocupaba la comunidad, que era territorio de la comunidad perteneciente

al pueblo Mapuche. Eso sucede antes de que se creen las áreas de Defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del organismo que integro. La acción de amparo se interpuso en el 2005 y a los dos o tres meses tuvo sentencia favorable.

Otro caso en el que también nos encontramos trabajando desde hace bastante tiempo, es una demanda que se interpuso en el año 2006, sobre un reclamo territorial referido a la comunidad Mapuche Enrique Sepúlveda, que está asentada en el paraje Buenos Aires Chico en la localidad de El Maitén. Es una demanda por el constante hostigamiento que tiene esta comunidad Mapuche por parte de unos “estancieros” vecinos -coincide el hecho que uno de ellos es el hermano del ex intendente de la localidad de El Maitén-, quienes durante una gran cantidad de años han hostigado y avasallado los derechos territoriales de la comunidad. Cuando llega el caso en consulta a la Defensa Pública, este tenía aproximadamente ya siete u ocho trámites archivados en el Ministerio Público Fiscal por reiteradas denuncias que habían hecho sobre este hostigamiento y de este despojo respecto a su posesión y propiedad comunitaria.

144

Algo para destacar de este caso es que en el año 2006 se interpone un interdicto de retener. Así, vamos a encontrarnos en forma reiterada que estamos recurriendo lamentable y sistemáticamente a procedimientos judiciales no idóneos para reclamos, posesión y propiedad comunitaria del pueblo Mapuche y de sus comunidades, pero trabajamos con las herramientas que en este momento tenemos a nuestro alcance. Es tal la falta de idoneidad de este procedimiento que todavía estamos litigando. Aún a principios del 2007 ya estaba producida casi la totalidad de la prueba, pero hizo falta que la comunidad pudiera acreditar cuales eran las tierras que estaban ocupando para que la judicatura esté a la altura de las consecuencias en términos de derechos de pueblos indígenas. Para ello, se realizó una pericia, la cual debía realizar un agrimensor. Durante todo el año 2007 se designaron ocho agrimensores, ninguno de los cuales aceptó el cargo, por lo que se le requirió al juzgado diversas medidas, además de la desinsaculación de algún agrimensor de alguna otra circunscripción judicial, pero

fundamentalmente también se pide una medida cautelar de prohibición de introducir ganado en la tierra que ocupa la comunidad. A fines de 2007 también se le pide al juez que, atento a la dificultad probatoria por esta pericia, practique un reconocimiento judicial, el cual estaba ofrecido en la demanda.

Se dictó la medida cautelar, y se ordenó el reconocimiento judicial para el mes de febrero del 2008. En esa fecha se suspendió por razones del juzgado y se postergó para el mes de mayo de ese año. Durante todo este tiempo se logró, después de muchos años, parar de alguna manera con el avasallamiento que estaba padeciendo esta comunidad. El día 2 de mayo del 2008 fue la erupción del volcán Chaitén, que afectó a toda la zona de la circunscripción, y produjo tremendas secuelas a causa de la caída de cenizas. Por ese motivo, se suspendió el reconocimiento judicial y los “estancieros” vecinos, de alguna manera envalentonados con esta situación, practicaron una introducción de ganado. Por este hecho, el lonco de la comunidad se presenta en la comisaría de El Maitén y realiza la denuncia, pero no concurre a la comunidad personal policial alguno a constatar los hechos.

Como defensor público, envié un oficio a la comisaría de El Maitén para que se constituya en forma preventiva, ya que había riesgos reales para la integridad física de todos los que estaban viviendo en ese momento en ese lugar, debido al nivel de conflicto altísimo. La policía no dio una respuesta adecuada, por lo cual se denuncia esta situación de falta de intervención de las autoridades policiales en beneficio y en prevención de esta comunidad Mapuche. En ese momento, elevo una denuncia al Defensor General de la Provincia, y este le envía una notificación al jefe policial de la provincia de Chubut. Después de esto, se regulariza la atención brindada a la comunidad por parte de las autoridades policiales.

A su vez, de forma paralela, el Ministerio Público Fiscal, afortunadamente con nuevas autoridades locales, avanza en la denuncia por la desobediencia a la orden judicial dictada por el juez civil. En el mes de septiembre 2009, el jefe de la policía de la provincia de Chubut le comunica al Defensor

General que el comisario de El Maitén, por esos episodios de falta de atención a la comunidad, fue sancionado con 5 días de arresto y con comunicación a su legajo. Con lo cual, si bien continúa el juicio del interdicto y existen dificultades para resolverlo, tenemos el progreso de saber que hay una autoridad policial, como lo es un comisario de una localidad caracterizada por grandes estancias y sostenida por ese mismo poder, que es sancionado con 5 días de arresto y mientras que estamos realizando este Encuentro, por la tarde se va a dictar, en la ciudad de Esquel, una sentencia respecto de estos “estancieros” por el delito de desobediencia de aquella orden judicial que disponía la medida cautelar.

A modo de conclusión, podemos plantear distintas cuestiones. Por un lado, en la mayoría de los casos que estamos interviniendo, lo realizamos desde una lógica de no estar asistiendo. Entendemos que lo importante es cambiar la lógica de la comunidad que es desalojada y demandada. Allí, los miembros son imputados. Desde la defensa pública estamos virando a la idea de una comunidad Mapuche que se erige como parte actora, la que interpone la demanda. Son hoy los “estancieros” los que ya están sentados en el banquillo y respecto de los cuales se va a leer la sentencia.

Tanto el poder judicial como el Ministerio Público ocupan un rol fundamental para proteger los derechos de las comunidades indígenas, ya sea al momento de resolver un caso, o al momento de avanzar con la investigación de una denuncia por avasallamiento de derechos que puede haber realizado algún integrante de una comunidad.

Otra de las esquilas de este juicio se vincula con los agriensores, que no aceptaban el cargo por ese avasallamiento persistente. En ese sentido, se solicitó al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas con carácter de urgencia y fundada en la importancia que tenía, el relevamiento territorial previsto en la Ley de Emergencia.

Más allá de todo lo que podría referenciar, no quiero dejar de decir que las acciones que se están planeando y el avance del trabajo en este campo, es un proceso que cuenta con el

apoyo de la organización del pueblo Mapuche.

Nosotros asistimos técnica y jurídicamente a las comunidades y acompañamos en esos reclamos y nuestra intención es, esto por respeto y por precaución, no ir ni adelante ni atrás de esos reclamos, justamente para favorecer su asistencia.

Entendemos que hay un nivel de organización que todavía se está consolidando, que aún debería consolidarse más. Las herramientas jurídicas que se utilizan serían mucho más fuertes y más precisas si acompañasen este tipo de procesos de organización fortalecido, eso es algo que sólo compete a las propias comunidades pertenecientes al pueblo Mapuche. Desde mi punto de vista, tenemos que tener, prácticamente injerencia cero en ese proceso de organización, debemos ser respetuosos de la autonomía y de la autodeterminación y actuar en consecuencia, y acompañar cuando ese proceso derive en un posicionamiento o un reclamo en términos de derechos y de reconocimientos de derechos en una provincia que suele desconocerlos sistemáticamente desde los distintos ámbitos.

Conclusiones del trabajo en comisiones

COMISIÓN SOBRE “RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”

En el marco del I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, los participantes de la Comisión, tras un diálogo e intercambio de opiniones y experiencias prácticas, concluyeron que si bien los derechos humanos de los pueblos indígenas se encuentran ampliamente reconocidos, aún existen importantes obstáculos para su efectiva realización, lo que se ha dado en llamar “la brecha de implementación”. En ese sentido, postularon las siguientes acciones como mecanismos idóneos para reducir esta brecha:

- Contribuir a generar una *doctrina jurídica pluralista y descolonizadora*, que reconozca los derechos de los pueblos indígenas vigentes, en particular a partir del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.
- Utilizar una *estrategia combinada* y coordinada, complementando vías e instancias jurídicas internas, simultáneamente con las externas, para el tratamiento de los reclamos.
- Tomar de base la normativa y jurisprudencia internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas ante la criminalización de casos indígenas. Trabajar para la reforma de los Códigos Penales y Procesales Penales con el objetivo de propiciar la *discriminación del derecho a la identidad y el respeto a las instituciones indígenas*.
- Solicitar a las Cortes Supremas de Justicia, en su Comi-

sión de Acceso a la Justicia, a la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JUFEJUS), Federación Argentina de Colegios de Abogados, y Federación Argentina de la Magistratura se comprometan a realizar desde sus respectivas atribuciones, los esfuerzos necesarios para *acortar la brecha de implementación de los derechos indígenas y se opere el acceso a la justicia* de los reclamos indígenas.

- Fortalecer los espacios de *coordinación entre organismos estatales e instituciones indígenas*.
- Crear *espacios de litigio estratégico* que apunten a una mejor articulación interinstitucional, a la vez que también provoquen una coordinación entre el Estado y los pueblos indígenas.
- *Promover redes sociales e institucionales* que relacionen a las distintas organizaciones indígenas y organizaciones no indígenas, para la coordinación de acciones y colaboración mutua para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.
- Crear espacios de formación en derechos de los pueblos indígenas, para organizaciones tanto indígenas como no indígenas para el intercambio, reflexión, difusión y articulación para el respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

COMISIÓN SOBRE “RELACIÓN ENTRE ESTADO, EMPRESAS TRASNACIONALES Y COMUNIDADES INDÍGENAS”

Esta comisión debatió sobre uno de los temas de mayor interés en la actualidad, dado la explotación desmedida de los recursos naturales que en la generalidad de los casos se encuentran dentro de los territorios indígenas. Las empresas obtienen “el permiso” de los Estados para disponer de bienes tan preciados como la madera, el petróleo, los minerales, el agua, etc., lo que no sólo genera inevitables conflictos sino que implica una vinculación necesaria entre el Estado y las empresas extractivas (petróleo, deforestación, mineras, etc.)

Las conclusiones a las que arribaron pueden sintetizarse en las siguientes:

- Se trata de una problemática global, que excede lo regional y lo nacional.
- Las empresas tejen alianzas con los gobiernos nacionales, provinciales y, en ocasiones, locales.
- Los gobiernos dictan leyes permisivas para estas actividades. Además, se dictan leyes impositivas que las favorecen.
- Las empresas utilizan las fuentes de trabajo como punta de lanza para “ganarse” a la sociedad civil, provocando la división no sólo internamente, dentro de las mismas comunidades indígenas, sino entre indígenas y criollos.
- El Estado, en muchos casos, utiliza políticas “cliente-listas”, tales como planes o subsidios, para dividir a las comunidades y debilitar su lucha.
- El Estado, por una parte, no regulariza las tierras de

las comunidades indígenas y, por la otra concede rápidamente, por medio de concesión o cualquier otro título, estas tierras a las empresas.

- Las empresas transnacionales en ocasiones subsidian a las universidades nacionales acallando discursos críticos de la academia.
- Los empleados y funcionarios del Estado, especialmente los operadores judiciales, mantienen una mentalidad colonial y negadora del genocidio pasado y presente.
- Los operadores judiciales, en algunos casos, interpretan que las normas que reconocen derechos a los Pueblos indígenas no son operativas sino programáticas.
- Cuando las comunidades se movilizan, es frecuente que el Estado criminalice su lucha.
- En general, se percibe la afectación de los derechos de los Pueblos originarios provocados por las empresas y el Estado como un problema exclusivo de las comunidades, y no como un conflicto que afecta a la sociedad en su conjunto.
- Los medios de comunicación, en general, no dan espacio a ninguno de estos reclamos o conflictos por responder a los mismos intereses económicos de las empresas.

Esta comisión elaboró asimismo un punteo de las estrategias políticas y jurídicas que pueden desarrollarse frente a estas tensiones y desafíos que presentan para los Pueblos indígenas y sus organizaciones estas relaciones conflictivas.

Estrategias políticas

- Toda estrategia debe mirar globalmente el conflicto; éste tiene su raíz en los modelos de producción y en el modelo económico, por lo cual el derecho vigente se convierte en un instrumento de poder al servicio de dichos modelos.

- La estrategia de lucha debe ser política y toda estrategia jurídica debe acompañar a la primera.
- Es indispensable llevar adelante y sostener la lucha social: asambleas, gestión de auto-convocados, cortes de ruta, etc.
- Se presenta como necesario construir redes con otras organizaciones de la sociedad civil y con organizaciones ambientales.
- Se deben acompañar los procesos de fortalecimiento de las comunidades indígenas y también los procesos de información y difusión sobre sus derechos.
- Toda estrategia política sobre el conflicto debe estar en manos de las comunidades, como reconocimiento de su libre determinación.

Estrategias jurídicas

- Se deben centrar los reclamos en los derechos vulnerados, identificándolos y determinándolos. Asimismo, se deben identificar los actores políticos.
- Se debe actuar articulando el derecho nacional e internacional.
- En relación con esto último, se debe elegir qué instrumento y mecanismo utilizar según el momento del conflicto y el derecho vulnerado (por ejemplo, la OIT no requiere agotar las vías internas).
- Lo anterior obliga a los abogados a conocer, estudiar y capacitarse respecto de las normas y jurisprudencia internacional. Del mismo modo, también obliga a ser creativos en las presentaciones y a fundar desde el comienzo del reclamo la vulneración del derecho indígena.
- Los mecanismos internacionales pueden ser utilizados para participar en una mesa del diálogo junto con los Estados.
- Resulta imprescindible generar vínculos y una comu-

nicación permanente entre aquellos que trabajan en el tema. La AADI, por ejemplo, puede ser un espacio para ello.

- El conocimiento del derecho, de las herramientas y de la información por parte de las comunidades puede lograr un efecto disuasivo en cuanto al avasallamiento de sus derechos por parte del Estado y las empresas.

COMISIÓN SOBRE “ACCESO A LA TIERRA Y AL TERRITORIO COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS”

En esta comisión se generaron profundos debates alrededor de las acciones más pertinentes para defender el derecho fundamental del acceso a la tierra y al territorio. Las principales conclusiones y propuestas que surgieron pueden resumirse de la siguiente manera:

- Los derechos a la tierra y al territorio son derechos fundamentales por la relación especial que mantienen con ella, tal como lo dispone el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, como lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Es importante establecer la diferencia entre la Tierra y Territorio, este último incluye el hábitat y es mucho más abarcativo que la mera superficie terrestre.
- El reconocimiento, el respeto y la protección no requiere reglamentación
- Estos derechos, salvo excepciones, se viola en todas las provincias de la República Argentina, por los gobiernos provinciales.
- Se requieren mecanismos adecuados y eficaces para instrumentar:
 - Propuesta de reforma al Código Procesal Civil de la Nación (para evitar las resistencias de los poderes económicos provinciales, con mucha incidencia en las elites políticas y legislaturas);
 - Propuesta de incorporación en procedimientos provinciales para respetar la reserva constitucional de darse sus propios procedimientos.

- Propuesta de reforma al Código Civil, para incorporar lo dispuesto en la Constitución.
- Tanto la Declaración de la ONU como el Convenio 169 de la OIT fijan estándares mínimos de respeto y protección de los derechos de los Pueblos indígenas. Es importante prestar atención a la Jurisprudencia de la Corte IDH.
- Es relevante que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración se incorporen al bloque de constitucionalidad por el mecanismo previsto en el art. 75 inc. 22 de la CN, otorgándoles jerarquía constitucional.
- Es central la participación indígena en la gestión de los mecanismos adecuados. Para ello se sugiere:
 - Convocar a un ciclo de consultas con participación indígena como acción conjunta para perfeccionar mecanismos eficaces y adecuados, en el Congreso Nacional y en las Legislaturas Provinciales.
 - Promover la revisión de los despojos territoriales a las comunidades indígenas.
 - Suspensión de innovar en inscripciones en los casos donde personas indígenas estén como requirentes por anotaciones registrales en los Registros de Propiedad de todo el país.
- La falta de acceso a la Justicia en muchos Pueblos indígenas se convierte en una violación permanente a sus derechos. Así, para revertir esta situación se sugiere:
 - El empoderamiento por parte de las comunidades indígenas y la creación de Defensorías indígenas en todas las provincias.
 - Enviar las conclusiones a los Colegios de Abogados de todo el país y solicitarles las difundan a todos matriculados y a los operadores judiciales de su jurisdicción.

De todo el trabajo realizado y de las conclusiones expuestas, sólo resta agregar que aún queda un largo camino que

transitar para garantizar los derechos que –en gran medida– están contemplados en la normativa nacional e internacional pero que todavía no encuentran el modo de ser concretados. No existe una única vía para alcanzarlos, sin embargo queda claro que su falta de cumplimiento va más allá de la ignorancia o desidia de algún funcionario u operador judicial. Por el contrario, los intereses que atraviesan los derechos de los Pueblos originarios son de tal magnitud, que estamos en presencia de debates de fondo, que tocan las estructuras de los Estados y que, sin lugar a dudas, desafían su perfil actual.

Movimientos y procesos como los que tienen lugar en Bolivia agitan aún más la polémica. ¿Es posible garantizar los derechos de los pueblos originarios sin cuestionar de raíz el modelo económico imperante? ¿No debemos pensar en diferentes modelos de democracia que puedan genuinamente incluir a los pueblos originarios asegurando su participación?

Son muchos los interrogantes que se desprenden de este libro, pero precisamente ésa es su riqueza. Mostrar la complejidad de la situación actual de los pueblos originarios, y encontrar colectivamente la manera de resolver algunos dilemas que están afincados en el origen mismo de nuestros Estados.

Conferencia de cierre
por Eugenio Raúl Zaffaroni

CONFERENCIA DE CIERRE DEL I ENCUENTRO LATINOAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS¹

Eugenio Raúl Zaffaroni

Ante todo, muchísimas gracias por la invitación.

Quería encarar un tema, brevemente y no en todas las implicancias, relacionado con el medio ambiente. Hablamos mucho del medio ambiente y de sustentabilidad. Nuestra cultura, de cuño europeo, pretende defender el medio ambiente a través de tipos penales; y se inventan tipos penales que a veces rompen con todas las reglas de las garantías porque no sabemos muy bien lo que definen. En la práctica, de vez en cuando se pena a algún cazador de nutrias o algo parecido. Por otra parte, cuando se habla de pueblos originarios se lo hace parte de la ecología; es una parte del paisaje. Y entendemos el paisaje como una especie de coto de caza que hay que ir cuidando; donde hay algunos adornos y, entre esos adornos, hay pueblos originarios.

Voy a empezar a conversar un poco sobre algo que parece raro, pero desde la perspectiva jurídica es importante recordar un poco qué fue pasando en nuestra tradición jurídica dominante, en la tradición jurídica del poder colonialista, con el respeto hacia la vida no humana. La relación del ser humano con el animal.

Primero, desde Europa se clasificó a los animales; y se los clasificó humanamente. Y los valores que se le asignaron a cada uno de ellos fueron valores humanos. Conforme a ellos se los jerarquizó. Y lo curioso es que después vinieron unos señores

1 El presente documento es el resultado de la desgrabación textual de la conferencia de cierre a cargo del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

fisionomistas, y jerarquizaron a los seres humanos conforme a su semejanza con los distintos animales. Y hasta hoy en el lenguaje corriente lo seguimos haciendo, de alguna manera.

Los europeos adoptaron los animales como símbolos, donde había algún animal rey. Primero fue el oso; pero después parece que la Iglesia católica descubre algunas costumbres sexuales que tienen los osos y, entonces, el oso pasó a ser reemplazado por el león. Por ende, en todos los escudos están los leones.

La tendencia a diferenciar al humano del animal se fue marcando debido a la existencia de alma en el primero y la ausencia de la misma en el segundo. Se trata de discusiones que se remontan a Grecia. Pero con este asunto que hay que ejemplificar, y que el sistema penal tiene que ejemplificar, empezaron a juzgar a animales. Y se juzgaron animales; incluso se los sometieron a torturas y se los ejecutaron públicamente.

Así llegamos más o menos al siglo XIX, donde los evolucionistas colonialistas, del tipo de Spencer, dijeron que había una justicia sub humana y que, entonces, teníamos que imitar entre nosotros la justicia sub humana. ¿Qué era la justicia sub humana para ellos? Era el predominio del más fuerte. Entonces, el más fuerte era el que se imponía, el que sobrevivía, y la naturaleza avanzaba conforme a la supervivencia del más fuerte. Y eso lo teníamos que trasladar a las relaciones entre nosotros, a las relaciones entre los seres humanos. Todo avanzaba a través de catástrofes, y había que dejar que la gente se hiciera fuerte. Unos cuantos se morían porque no podían hacerse fuertes. Y hay otros que son inferiores y que había que tutelar, que custodiar, que eran las razas inferiores; eran las razas colonizadas. Estoy hablando de pleno siglo XIX, ya cuando Europa había destruido América y, entonces, se dedica a destruir África: Leopoldo II; el genocidio del Congo; las barbaridades que hicieron los alemanes en Sudáfrica, etcétera.

Llegamos a los albores del siglo XX, y entonces se nos plantea jurídicamente un problema: aparecen las entidades protectores de animales, y consecuentemente el delito de maltrato de animales. Se comienza la indagación sobre quién es el

titular del bien jurídico. Y hasta hoy hay tres tesis que tratan de legitimar esto de alguna manera; ninguna satisfactoriamente. Unos dicen que es la moral pública, las buenas costumbres, el sentido piadoso del ser humano, etcétera, lo cual no sirve para legitimar el delito de maltrato de animales porque entonces se podría maltratar impunemente a un animal privadamente, sin que nadie me vea. Otros dicen que es un interés moral de la comunidad, porque maltratar a un animal es un indicio de que se va a maltratar a un humano; es decir un delito de sospecha, donde no se afecta ningún bien jurídico. El tercer argumento es nuevo: maltratar a un ser no humano se trata de una lesión al medio ambiente; es un poco difícil considerar que es una lesión al medio ambiente, sobre todo cuando se trata de fauna doméstica, urbanizada. Se trata de la lesión a la imagen del ser humano como administrador de la naturaleza. Con esto hay que tener mucho cuidado, porque si empezamos con la imagen del ser humano, entonces resulta que la imagen del ser humano la deterioran los viciosos, los vagos, los asociales, etcétera. Así podemos terminar muy mal.

Evidentemente, la única explicación que hay es que en el delito de maltrato de animales, el titular del bien jurídico es el animal, es decir, es persona, es ente con derechos para el derecho. No hay otra explicación satisfactoria. Incluso hasta nuestra ley protectora de animales -la Ley Benítez- dice "el que hiciere víctima al animal". Algunos han creído que esto era un error de la redacción de la ley, y no, es una intuición. La ley creo que es de los años 50 y, realmente, es una sanísima intuición. No queda otra solución, dogmáticamente hablando, conforme a la dogmática jurídico-penal, que admitir que el titular de derecho es el animal; animal como sujeto de derechos. Por supuesto, esto realmente alarma. Sobre todo, alarma al derecho de tradición continental europeo, que dice que es admisible porque el animal no puede ejercer las acciones jurídicas. Es cierto; tampoco las puede ejercer un oligofrénico profundo; tampoco las puede ejercer una persona por nacer; tampoco lo puede hacer un demente en el último estado de su demencia y, sin embargo, nadie les niega la cate-

goría de sujeto de derecho.

Surge ahí toda una corriente animalista, de defensa del animal, que se traduce hoy en los códigos civiles más modernos de Europa. El artículo 641a del Código Suizo, del 1° de abril de 2003, considera que el animal no es una cosa; y el párrafo 90 del Código Civil Alemán expresamente dice que los animales no son cosas, serán tutelados mediante leyes especiales, se les aplican los preceptos correspondientes a las cosas sólo en la medida en que no se disponga lo contrario. Es un avance este reconocimiento del carácter de sujeto del derecho de la vida no humana, que guarda un paralelismo tremendo con lo que fue la abolición de la esclavitud. No nos olvidemos de que la Suprema Corte de los Estados Unidos desató la Guerra de Secesión con una sentencia en la cual privilegió la propiedad sobre la libertad; y que le negó el derecho de hábeas corpus a un esclavo invocando el derecho de propiedad. No me estoy refiriendo a cosas de los siglos X, XI o XII, me estoy refiriendo a cosas que están al alcance de la mano en la historia; me estoy refiriendo a los albores de la segunda mitad del siglo XIX.

Es sorprendente que vaya avanzando la doctrina civil, y la penal no. La penal sigue reticente al reconocimiento del animal como sujeto de derechos. Mientras los civilistas avanzan nosotros, los penalistas, nos vamos quedando y preferimos sostener algunas de las teorías anteriores. Y si ustedes revisan los textos que explican el delito de maltrato de animales, se encontrarán con que casi todos los textos -por no decir todos- defienden la teoría de que el único sujeto de derecho sigue siendo el ser humano, que no hay otro sujeto de derecho. Y eso es en el ámbito penal, pese a la evolución que acabamos de ver en el derecho civil.

Aquí es cuando entra en juego la cuestión ecológica, y se mezcla el animalismo con el ambientalismo. No puedo referirme a todas las corrientes de carácter ecológico, a todas las variables del pensamiento verde -variables de muy diversa naturaleza-, pero el ambientalismo jurídico no avanzó mucho en el reconocimiento de la condición de sujeto de derecho a

entes diferentes del ser humano. Se habla de derecho ambiental como un derecho a la vida del ser humano; se habla de un derecho penal del medio ambiente como tutelar -y tengo mis serias dudas de que la ley penal tutele a nadie, pero no importa- de la vida humana; como un apéndice derivado de la vida humana. Hay una enorme cantidad de tratados internacionales de contenido ecológico; en general, en casi todos ellos se va reiterando que lo que se está tutelando son las condiciones de existencia de la vida humana, y nada más. Es decir que, de alguna manera, en nuestro derecho sigue funcionando la idea de que reconocer la existencia de sujetos de derecho no humanos trae problemas. De cualquier manera, el derecho ambiental trae un problema al referirse a la vida humana de humanos que no existen, de generaciones futuras.

No obstante, el ambientalismo no jurídico -o sea, el pensamiento verde no jurídico- avanza por otro lado. Principalmente, el pensamiento ambientalista de los científicos, que tiende a moverse en otra dirección, promoviendo una respuesta que, como vamos a ver ahora, salta al derecho y salta a nuestro continente; y nada menos que al Derecho Constitucional por una vía inesperada. La biología moderna hace una relectura de Darwin. Aclaro que al pobre Darwin se le hizo decir cualquier cosa y, sobre todo, se lo hizo decir Herbert Spencer. Cuidado: Darwin hablaba de la supervivencia del más apto; pero el más apto para Darwin no es el más fuerte. El más apto es el que tiene la mayor posibilidad de supervivencia, la mayor posibilidad de reproducción. En cuanto a la vida planetaria, a lo largo de millones y millones de años dicen los biólogos modernos que es la vida microscópica. A partir de ahí los distintos microorganismos sí entraron en lucha; y algunos desaparecieron porque eran tan agresivos que mataron al otro. Otros, finalmente se lograron meter adentro del otro bicho -naturalmente, estoy simplificando- y, en una simbiosis, lograron sobrevivir sin matar al otro. Esos fueron los que fueron avanzando en el proceso de simbiotización y, en definitiva, dicen que nuestro cerebro es resultado de millones y millones de años de simbiotización microscópica. Es

decir que el avance evolutivo no se produce por relaciones de conflicto, sino por relaciones de cooperación. Empieza como relaciones de conflicto, pero terminan como relaciones simbióticas de cooperación. Esto nos lo dicen una gran cantidad de biólogos contemporáneos. Y hay un científico inglés -James Lovelock- que sustenta la hipótesis Gaia, de la cual se está hablando mucho en Europa en este momento. La hipótesis Gaia se basa en lo siguiente: ¿somos acaso un producto de la evolución de la vida en la Tierra, o somos un producto de la evolución de la vida de la Tierra? Y si somos un producto de la evolución de la vida de la Tierra, formamos parte de un sistema con la Tierra. Gaia era la divinidad griega de la Tierra. En consecuencia, dice, no estamos en el planeta a bordo de una nave espacial; no somos los que manejamos la nave espacial ni mucho menos, ni es esto algo muerto. La Tierra es algo vivo, y nosotros somos parte de la vida de la Tierra; que, por supuesto, tiene su sistema de equilibrio y millones y millones de años.

168

La pregunta es qué somos en la vida de la Tierra. ¿Somos la más alta expresión, la más evolucionada expresión de la vida terrestre; o somos algo molesto, una especie de patógeno que se instaló en la superficie de la Tierra? Si somos algo como un ente patógeno, en algún momento la Tierra se va a mandar un estornudo y nos va a sacar de encima. Y para todo esto se hace una analogía, y se dice que si la vida de la Tierra se pudiese sintetizar en siete días -como los siete días de la Creación-, nosotros aparecemos unos diez minutos antes de la medianoche del último día, y la historia escrita aparece 30 segundos antes de la medianoche del domingo. De modo que si la Tierra estornuda y nos saca de encima, tranquilamente le queda mucho tiempo, muchos millones y millones de años para generar otro bicho inteligente.

Lo curioso es que la hipótesis Gaia llama la atención no solo de científicos, sino que llama la atención de teólogos. Leonardo Boff se hace cargo de la hipótesis Gaia y, con mucha inteligencia, la resume muy gráficamente. Perdónenme que lo cite textualmente, pero creo que es sumamente gráfico: "La

misma lógica que explotó clases y somete naciones es la que depredó los ecosistemas y extenuó el planeta Tierra. La Tierra, como sus hijos e hijas empobrecidos, precisa liberación. Todos vivimos oprimidos bajo un paradigma de civilización que nos exiló de la comunidad de vida, que se relaciona con violencia sobre la naturaleza y que nos hace perder la reverencia ante la sacralidad y la majestad del Universo. La Tierra es un organismo vivo. La Gaia de los cosmólogos contemporáneos, en una perspectiva evolucionaria, nosotros, seres humanos nacidos del humus, somos la propia Tierra que llegó a sentir, a pensar, a amar, a venerar, y hoy a alarmarse. Tierra y ser humano somos una única realidad compleja, como bien lo vieron los astronautas desde la Luna o desde sus naves espaciales. Nosotros no vivimos sobre la Tierra, nosotros somos Tierra. (Adama, adam, humus, homo, homen), parte de la Tierra. Entre los seres vivos e inertes; entre la atmósfera, los océanos, las montañas, la superficie terrestre, la biosfera y la antropósfera rigen interrelaciones. No hay adición de todas estas partes, sino organicidad entre ellas.”

169

Hasta aquí, el camino recorrido por la ciencia dominante, y aún no asumido por nuestra tradición jurídica dominante.

En el Preámbulo de la Constitución Política del Estado Boliviano, sometido al voto popular en 2009, se dice: “Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pacha Mama y gracias a Dios refundamos Bolivia”. El artículo 33 prescribe: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.”

El Preámbulo de la Constitución del Ecuador de 2008, dice: “Celebrando a la naturaleza la Pacha Mama, de la que somos parte, y que es vital para nuestra existencia.” Y después, más adelante, señala: “Una nueva forma de convivencia ciudadana en diversidad y armonía con la naturaleza para alcanzar el buen vivir (suma kausay)”. En consonancia con estas disposiciones del Preámbulo, el artículo 71 de la

Constitución ecuatoriana de 2008 dice: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia, y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema."

Es clarísimo que el neoconstitucionalismo latinoamericano consagra a la naturaleza como sujeto de derechos. Y establece el derecho de cualquier persona a actuar en defensa de la naturaleza, sin que se requiera que pruebe o verifique una afectación de carácter personal.

170

El "buen vivir" (Suma Kausay) es una expresión quechua que significa "pleno vivir", y cuyo contenido no es otra cosa que la ética de la naturaleza. No se trata del tradicional bien común del tomismo o del neotomismo, reducido a la convivencia entre seres humanos, sino que se trata de la convivencia como bien de todo lo viviente. Si se prefiere, diría hoy -en términos más claros- respeto a la biodiversidad, incluyendo, por supuesto, las vidas humanas, que exige complementariedad y equilibrio.

La invocación de la naturaleza como sujeto de derechos; la invocación de la Pacha Mama; la invocación de la Tierra; la invocación del planeta; la invocación de la vida tiene varios alcances jurídicos. De alguna manera, pretender una convivencia de todos los seres vivientes dentro de la Tierra es un aporte del constitucionalismo latinoamericano, que es tan revolucionario como en 1917, cuando con la Constitución de Querétaro -la Constitución mexicana- consagró constitucionalmente los derechos de segunda generación o derechos sociales. Es una nueva revolución del Derecho Constitucional que hace el constitucionalismo latinoamericano al neocons-

titucionalismo mundial.

Más de quinientos años de colonialismo, neocolonialismo, genocidio y dominación no pudieron borrar de las culturas de los pueblos andinos el culto a la Tierra y el ideal de convivencia armoniosa con el pleno vivir. Removidas hoy las capas que ocultaban esto, sale a la superficie, como mensaje del mundo y, en especial, en un momento en que la especie humana comienza a encontrarse en riesgo de supervivencia. No seamos omnipotentes; toda la tecnología de que disponemos no va a barrer nunca la vida de la Tierra. Lo que sí puede barrer es la vida humana de la faz de la Tierra.

No caben dudas de que esto va a ser criticado como folclorismo, tal cual los derechos sociales fueron criticados como manifestaciones de buena voluntad en su momento. Sin embargo, las consagraciones de derechos comienzan muchas veces tímidamente. No nos olvidemos de que el archivo definitivo del racismo en la conciencia jurídica mundial comienza con una declaración de un organismo internacional, que es la Declaración Universal de Derechos Humanos que en 1948 no tenía más valor que un acto de buena voluntad porque una declaración no es derecho internacional, sino que el derecho internacional son los tratados.

¿Qué es la Pachamama? No es una deidad creadora, sino protectora, lo cual es bastante importante. Es una deidad protectora cuyo nombre en lenguas originarias significa tierra en el sentido de mundo. No tiene templos. Se la cultúa en cualquier lugar, en todos los lugares, porque es la vida misma. La Pachamama es la naturaleza y se ofende cuando se maltrata a sus hijos. No le gusta la caza con armas de fuego. Tiene acólitos o descendientes, como los enanos que defienden las vicuñas en nuestro norte o el otro que defiende la flora en la tradición guaranítica. Resuelve contradicciones que los animalistas no podían resolver, porque estos se encuentran a veces en dificultades. ¿Cómo usted protege al animal y quiere prohibir toda la crueldad contra los animales y acepta que pongan un gusano en una carnada para pescar un pez? Un animalista no sabe muy bien cómo responder esto.

¿Por qué no camina usted por la calle como los jainistas de la India con una tapa que le tape la boca y cuidando no pisar ningún bichito en el camino y no tragarse un mosquito que ande dando vueltas por ahí? Tampoco saben muy bien cómo responder esto. Bueno, con la Pachamama se responde: una cosa es vivir en armonía, y en armonía tengo que alimentarme también; claro, puedo pescar, sí, y me tengo que comer el pescado. Pero lo que no puedo es cazar con red y matar todo lo que encuentro en la red y quedarme con los ejemplares más costosos y los otros tirarlos muertos al mar. No, eso es depredación. Sí puedo comerme el pescado que pesco con la carnada porque necesito alimentarme.

Se puede decir que esta invocación de la Pachamama es común a muchas culturas. Sí es cierto que la cultura andina empieza desde el norte y tiene muchas versiones; es verdad. Entonan la diosa Madre, la diosa de la vida y de la muerte de los mexicanos que tenía su templo en Tepeyac, en el mismo lugar donde se presenta la Virgen de Guadalupe y esta se convierte en símbolo nacional y con el estandarte de Guadalupe el Cura Hidalgo proclama la independencia de México. Y, después, con el estandarte de Guadalupe entran los soldados zapatistas al Distrito Federal en plena revolución mexicana. De ahí podemos seguir hasta la Difunta Correa en nuestro país.

Se puede tratar de desvalorar esto y decir que es un arquetipo universal y remontarnos a Carl Gustav Jung. No hablo sobre el inconsciente colectivo de Jung, que es un concepto que puede ser discutible, pero sí la idea madre estaba en Jung, que sostenía que materia significa mother. Pero si fuese cierto que hay un inconsciente colectivo y que en el fondo de ese inconsciente colectivo hay un arquetipo de madre tierra, resulta que en nuestra civilización occidental lo hemos enterrado demasiado profundamente y que la civilización andina lo mantuvo mucho más en la superficie, lo cual lejos de desacreditar lo que puede ser la invocación de la Pachamama, la exalta.

Se puede argumentar preguntándonos qué importancia práctica tiene todo esto que estamos diciendo. Es una invocación que se hace, se reconoce el carácter de sujeto de derecho

de la naturaleza. ¿Qué importancia jurídica puede tener esto? ¿Qué relevancia? Es una declaración más. No nos olvidemos de que hay unos cuantos que dicen que los derechos humanos son, después de todo, una declaración más de entidades burocráticas que no sirven para nada. Más o menos se diría algo parecido.

Yo creo que primero el temor de filósofos como Ferrater Mora acerca del reconocimiento de los sujetos de derechos a la materia aparentemente inerte de las montañas y los ríos se habría concretado. Habrá quien sin ser pescador defiende la fauna ictícola en riesgo de extinción. Habrá quien quiera accionar en defensa de los pájaros amenazados con pesticidas. Habrá quien lo pueda hacer enfrentando la pesca y la caza industrial, pero no se agota la cuestión en esto, en este resultado práctico de que cualquiera pueda invocar la defensa de la naturaleza.

Conforme al principio del buen y pleno vivir, la naturaleza puede ser usada para vivir, pero no suntuariamente para lo que no es necesario. La infinita creación de necesidades artificiales que sostiene el crecimiento ilimitado del consumo estaría agotada por el pleno vivir y lo más importante es que al reconocerle el carácter de sujeto a la naturaleza de derechos, esta adquiere también la condición de tercero agredido en caso de legítima defensa. La colocación de obstáculos al avance de maquinaria de desmonte y, todos los medios de lucha no violentos conocidos serán conductas lícitas en la medida en que sean defensivas de acciones de agresión ilegítima a la naturaleza.

En el ámbito del derecho civil la propiedad de animales necesariamente sufrirá restricciones, sus titulares incurrirán en un abuso ilícito cuando ofendan a la tierra, haciendo sufrir sin razón a sus hijos no humanos, con lo cual por esta vía ingresan todos los planteamientos racionales de los animalistas.

También sufrirá ilimitaciones la propiedad fundiaria cuando la conducta del propietario altere los finos procesos regulativos de deforestación, pesticidas altamente tóxicos, etcétera, o cuando con monocultivos se perjudique la biodi-

versidad o se pongan en peligro a distintas especies.

En el plano de la propiedad intelectual se podrá seguir patentando seres vivos; estos no pertenecen a ningún humano, sino que son parte de la naturaleza. No pocos serán los conflictos que van a tener que definir los jueces para precisar los límites del derecho de la naturaleza en cada caso concreto. ¿Tienen los ríos derecho a conservar sus cauces o pueden ser desviados? ¿Tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas con extracciones ilimitadas o rasuradas, extinguiendo la vegetación natural? ¿Hasta qué límite se pueden oradar las montañas?

Yo sé que la necesidad es la eterna celestina de todas las matanzas y de todas las guerras y deberá evaluarse conforme a las condiciones humanas de supervivencia digna, pero no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos. La explotación artesanal pocas veces tendrá problemas, pero la depredación industrial será siempre un semillero de pleitos donde se harán jugar valores encontrados. De esto no me cabe la menor duda.

Hay consecuencias jurídicas que van a traer dudas, trampas y riesgos, pero se deberá iniciar una nueva jurisprudencia, cuyas consecuencias prácticas en este momento son bastante difíciles de prever. No hago más que enunciar las que se me ocurren, pero mi imaginación no llega hasta qué consecuencias pueden deducirse del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos.

Este es el aporte del neoconstitucionalismo latinoamericano, que recupera los valores de las culturas originarias, y nos hace ver la historia en su megaproceso.

Aquella historia completamente soberbia, aquella historia que interpretaba el viejo Hegel, que el hecho de ser un gran filósofo no le evitaba decir barbaridades. El espíritu de la humanidad que avanzaba en la historia, que era su historia –y él estaba sentado en la cúspide, un poco incómodo porque casi siempre las cúspides son puntiagudas-, que en ese avance mató unos cuantos millones de personas, según Hegel, iba

dejando a la vera del camino, en su avance, a todas las culturas que sometió o subestimó. Por supuesto, para Hegel nuestra América no tenía historia. Nuestra América es inferior a todo, para Hegel como también lo era para los enciclopedistas; incluso, es inferior geográfica y zoológicamente. Aquí, los animales se debilitaban: teníamos muchos bichos chicos, pero no teníamos bichos grandes. Porque todo era húmedo acá y se pudría. No sabían que habíamos tenido caballos antes que ellos y se habían extinguidos. Nuestras montañas corrían equivocadas, porque como corrían diferente a la de ellos eran un error de la geografía. Nuestros indios eran estúpidos: fallecen al ponerse en contacto con el conquistador, decía Hegel, como si la gente se muriese naturalmente. Venía el español y se moría. Y los que sobreviven deben ser tratados como niños, decía Hegel. Los africanos están en estado de naturaleza: no tienen moral y practican los peores crímenes. Los árabes, mestizos o aculturados musulmanes son fanáticos, decadentes y sensuales sin límites; los judíos tienen una religión que les impide alcanzar la auténtica libertad porque están sumergidos en el servicio riguroso; los asiáticos están apenas un poco más avanzados que los negros. Inventaron la pólvora, los números, etcétera, con lo cual después se desarrolló Europa. Y como era alemán decía que los latinos nunca alcanzaron el período del mundo germánico, que es ese estado que se sabe libre queriendo lo verdadero, lo eterno y universal en sí y por sí mismo.

Hegel era un filósofo, pese a que decía todas estas barbaridades. Spencer no era un filósofo, sino un ingeniero de ferrocarriles –lo que se le notaba-, pero decía barbaridades análogas. Acá, la evolución catastrofista llevaba a que, evidentemente, había algunos bichos inferiores que todavía no estaban evolucionados, que éramos nosotros, y después estaban ellos que tenían la cabeza más grande y el sexo más chico; entonces, había que tratar de que usáramos menos el sexo, que se nos achicara, y se nos agrandara la cabeza, para llegar después de unos cuantos miles de años a ser como ellos. Esto no es un invento, sino que hace 100 años se sos-

tenía en nuestra universidad: hoy tenemos retratos al óleo con marcos renacentistas colgados en nuestras facultades de tipos que sostenían esto y lo escribían.

Es decir, había una marcha del progreso y a la cabeza del progreso estaban ellos; ese progreso nos lleva hoy a que algunos, dentro de ese progreso, alerten de que esto termine en una catástrofe. Entremos a pensar que somos parte de la vida de la tierra, y la tierra tiene vida y nosotros estamos integrados a ella como un sistema y si nos descuidamos vamos a terminar mal. Esto, que llegan a decir los biólogos modernos por un lado, lo sabían nuestras culturas originarias, sin haber pasado por todos estos genios que habían hecho estas evaluaciones.

Felizmente, parece que estamos llegando a un encuentro en un nivel de pensamiento general. Como aporte jurídico, no habíamos llegado, y en el constitucionalismo mundial el aporte jurídico lo hace el neoconstitucionalismo de los últimos años, especialmente el latinoamericano. Insisto que podemos felicitarnos los latinoamericanos por estos aportes que, según creo, es la segunda revolución que estamos aportando al constitucionalismo. Es una revolución que sale de nuestras raíces, de nuestros orígenes y de este mosaico cultural que es nuestra América sincrética. Muchísimas gracias. (Aplausos.)

ANEXO

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989, en su septuagésima sexta reunión;

Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;

Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;

Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;

Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y

de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

PARTE I. POLITICA GENERAL

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

- a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3. La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional.

Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar,

con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 3

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.

2. No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente Convenio.

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la in-

dole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

- b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. 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.

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.

Artículo 7

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

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participa-

ción y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los 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.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la Legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Artículo 11

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12

Los pueblos interesados 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. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

PARTE II. TIERRAS

Artículo 13

1. 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.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias

para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

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.

185

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tie-

rras 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.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Artículo 18

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.

Artículo 19

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a los pueblos interesados condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población, a los efectos de:

- a) la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) el otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen.

PARTE III. CONTRATACION Y CONDICIONES DE EMPLEO

Artículo 20

1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación

nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

- a) acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de ascenso;
- b) remuneración igual por trabajo de igual valor;
- c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda;
- d) derecho de asociación, derecho a dedicarse libremente a todas las actividades sindicales para fines lícitos, y derecho a concluir convenios colectivos con empleadores o con organizaciones de empleadores.

3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que:

- a) los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confieren la Legislación y la práctica nacionales a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación laboral y de los recursos de que disponen;
- b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;
- c) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas todas las formas de servidumbre por deudas;
- d) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual.

4. Deberá prestarse especial atención a la creación de servicios adecuados de inspección del trabajo en las regiones donde ejerzan ac-

tividades asalariadas trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados, a fin de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta parte del presente Convenio.

PARTE IV. FORMACION PROFESIONAL ARTESANIA E INDUSTRIAS RURALES

Artículo 21

Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos.

Artículo 22

1. Deberán tomarse medidas para promover la participación voluntaria de miembros de los pueblos interesados en programas de formación profesional de aplicación general.

2. Cuando los programas de formación profesional de aplicación general existentes no respondan a las necesidades especiales de los pueblos interesados, los gobiernos deberán asegurar, con la participación de dichos pueblos, que se pongan a su disposición programas y medios especiales de formación.

3. Estos programas especiales de formación deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados. Todo estudio a este respecto deberá realizarse en cooperación con esos pueblos, los cuales deberán ser consultados sobre la organización y el funcionamiento de tales programas. Cuando sea posible, esos pueblos deberán asumir progresivamente la responsabilidad de la organización y el funcionamiento de tales programas especiales de formación, si así lo deciden.

Artículo 23

1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados, como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos.

Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

2. A petición de los pueblos interesados, deberá facilitárseles, cuando sea posible, una asistencia técnica y financiera apropiada que tenga en cuenta las técnicas tradicionales y las características culturales de

esos pueblos y la importancia de un desarrollo sostenido y equitativo.

PARTE V. SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD

Artículo 24

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

PARTE VI. EDUCACION Y MEDIOS DE COMUNICACION

Artículo 26

Deberán adoptarse medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional.

Artículo 27

1. Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deberán desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valo-

res y todas sus demás aspiraciones sociales, económicas y culturales.

2. La autoridad competente deberá asegurar la formación de miembros de estos pueblos y su participación en la formulación y ejecución de programas de educación, con miras a transferir progresivamente a dichos pueblos la responsabilidad de la realización de esos programas, cuando haya lugar.

3. Además, los gobiernos deberán reconocer el derecho de esos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación, siempre que tales instituciones satisfagan las normas mínimas establecidas por la autoridad competente en consulta con esos pueblos. Deberán facilitárseles recursos apropiados con tal fin.

Artículo 28

1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2. Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3. Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.

Artículo 29

Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional.

Artículo 30

1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.

Artículo 31

Deberán adoptarse medidas de carácter educativo en todos los sectores de la comunidad nacional, y especialmente en los que estén en contacto más directo con los pueblos interesados, con objeto de eliminar los prejuicios que pudieran tener con respecto a esos pueblos. A tal fin, deberán hacerse esfuerzos por asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos interesados.

PARTE VII. CONTACTOS Y COOPERACION A TRAVES DE LAS FRONTERAS

Artículo 32

Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente.

PARTE VIII. ADMINISTRACION

Artículo 33

1. La autoridad gubernamental responsable de las cuestiones que abarca el presente Convenio deberá asegurarse de que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos disponen de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones.

2. Tales programas deberán incluir:

- a) la planificación, coordinación, ejecución y evaluación, en cooperación con los pueblos interesados, de las medidas previstas en el presente Convenio;
- b) la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados.

PARTE IX. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 34

La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

Artículo 35

La aplicación de las disposiciones del presente Convenio no deberá menoscabar los derechos y las ventajas garantizados a los pueblos interesados en virtud de otros convenios y recomendaciones, instrumentos internacionales, tratados, o leyes, laudos, costumbres o acuerdos nacionales.

PARTE X. DISPOSICIONES FINALES

Artículo 36

Este Convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales 1957.

Artículo 37

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 38

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 39

1. Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 40

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización.

2. Al notificar a los miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 41

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al secretario general de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 42

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 43

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

- a) la ratificación, por un miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 39, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;
- b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 44

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)]

61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Tomando nota de la recomendación que figura en la resolución ½ del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006,¹ en la que el Consejo aprobó el texto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas,

Recordando su resolución 61/178, de 20 de diciembre de 2006, en la que decidió aplazar el examen y la adopción de medidas sobre la Declaración a fin de disponer de más tiempo para seguir celebrando consultas al respecto, y decidió también concluir su examen de la Declaración antes de que terminase el sexagésimo primer período de sesiones,

Aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que figura en el anexo de la presente resolución.

107a. sesión plenaria

13 de septiembre de 2007

1 Véase Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento N°53 (A/51/53), primera parte, cap. II, secc. A.

Anexo

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General,

Guiada por los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados de conformidad con la Carta, *Afirmando* que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Reconociendo también la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados, Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera que ocurran,

Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afectan a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promo-

ver su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades, *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,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo en particular el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en consonancia con los derechos del niño,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacional,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que representan, sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre los pueblos indígenas y los Estados,

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,² así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena³ 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,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos

2 Véase la resolución 2200 A (XXI), anexo.

3 A/CONF.157/24 (Part I), cap. III

humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados, *Destacando* que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Estimando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Reconociendo que la situación de los pueblos indígenas varía de región en región y de país a país y que se debe tener en cuenta la significación de las particularidades nacionales y regionales y de las diversas tradiciones históricas y culturales,

Proclama solemnemente la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, cuyo texto figura a continuación, como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1

Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴ y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 2

Los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas.

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 determi-

4 Resolución 217 A (III)

nación, 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 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7

1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8

1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

- a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
- b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;
- c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- d) Toda forma de asimilación o integración forzada;
- e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones

y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo 10

Los 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.

Artículo 11

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos justos, transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protec-

ción de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Los indígenas, en particular los niños, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información públicos reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de información privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17

1. Los individuos y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación de los niños, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social de los niños, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para empoderarlos.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo y, entre otras cosas, de empleo o salario.

Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19

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.

Artículo 20

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21

1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

Artículo 22

1. En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas.

2. Los Estados adoptarán medidas, conjuntamente con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas gocen de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo.

En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen igual derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente que este derecho se haga plenamente efectivo.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

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, desarro-

llar 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.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia

de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

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

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminan materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar,

según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, 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. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32

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

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

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación

justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho.

Artículo 37

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

Artículo 38

Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u 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. 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.

Artículo 41

Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que les conciernan.

Artículo 42

Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo 43

Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44

Todos los derechos y las libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

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 a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán 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.

CUADRO COMPARADO SOBRE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN, CONSULTA PREVIA Y EL CONSENTIMIENTO¹

Concepto	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
	Por este derecho los pueblos intervienen en todas las fases del ciclo de elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales que les puedan afectar.	Por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles.	Por este derecho, el Estado no sólo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena en caso de políticas, planes, programas o medidas, sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos.

1 Este cuadro ha sido construido sobre la base del Anexo 1 del artículo de la Dra. Raquel Yrigoyen Fajardo, (2009): *Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación -A propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 OIT por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Saramaka vs. Surinam*”

Objetivo	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
	El objetivo es que a través de la participación se asegure que en las políticas, programas o proyectos a adoptarse por el Estado, estén plasmadas las prioridades de desarrollo de pueblos, que los proyectos prioricen el mejoramiento de la vida de los pueblos, y que no se afecte su integridad.	El objetivo es obtener el consentimiento del PI o llegar a un acuerdo. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado puede tomar la decisión y debe motivar su acto. -Aunque no se llegue a un acuerdo, Estado debe asegurar el mejoramiento de los PI, beneficios, y no debe afectar su integridad.	El objetivo es garantizar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas que puedan verse afectados por una política, un proyecto o una actividad. Ej. En caso de: - Traslados territoriales (Convenio 169, art. 16) - Actividades militares (Declaración). - Megaproyectos que puedan afectar la integridad de pueblos (Sentencia CIDH: Saramaka vs. Surinam, 2007)

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
¿Cómo?	-La participación o intervención de PI puede ser: - en forma de cupos permanentes (ej. en entidades electivas como el Congreso, o administrativas, -mediante representantes permanentes), o -de modo puntual cuando el Estado va a adoptar ciertas políticas.	-La consulta se hará por el Estado a través de las organizaciones representativas de PI, de buena fe, brindando información previa y suficiente, mediante procedimientos adecuados (en los idiomas que comprendan los PI). No hay buena fe si el Estado ya tiene una decisión adoptada antes del proceso de consulta.	Al emprender un proceso de participación (en caso de políticas, programas o proyectos) o de consulta (en caso de medidas concretas), el Estado, por la materia en cuestión -actividades que puedan afectar derechos fundamentales de pueblos-, debe informar con anticipación de beneficios y riesgos, y pedir expresamente su consentimiento libre. Sin consentimiento, el Estado no puede adoptar acto o medida.

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
¿Ante qué casos o materias?	Elaboración, aplicación o evaluación de planes, políticas y programas de desarrollo nacionales o regionales	Adopción de medidas administrativas o legislativas	Dependiendo del derecho en juego, es una garantía adicional a la participación y consulta en caso de proyectos, políticas o medidas concretas que puedan afectar la existencia o integridad de los pueblos (como traslados)
¿Cuándo?	Antes, durante y después de la adopción de planes, políticas y programas susceptibles de afectar a pueblos indígenas	Antes de que Estado adopte medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar a los pueblos	Antes de adoptar medidas o proyectos que puedan afectar derechos fundamentales de los pueblos relativos a su existencia o integridad biológica o cultural (modo de vida de acuerdo a su propia cultura y costumbres)
¿Quién decide?	Estado y pueblos indígenas	Estado	Estado, pero sólo con consentimiento de pueblos

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Papel del Estado	Procesal: Genera condiciones para que las autoridades estatales y los pueblos indígenas adopten conjuntamente políticas, planes, programas. Co-decide con pueblos. Sustantivo: -Asegura respeto de prioridades de desarrollo de los pueblos, y -El mejoramiento de la vida de pueblos -No afectar su integridad.	Consulta, busca consentimiento o acuerdo y adopta medida, motivando su acto. -Si se llega a acuerdo, Estado queda vinculado al mismo. -Si no llega a acuerdo, Estado tiene la atribución de decidir: -Pero siempre debe: En lo procesal, justificar su acto y explicar cómo ha considerado lo que dicen los pueblos, Y en lo sustantivo, asegurar las prioridades de desarrollo de los PI, beneficios (no sólo indemnizaciones), y no afectar integridad de PI.	En los casos que se exige este requisito, el Estado sólo puede tomar la decisión en caso que logre el consentimiento de pueblos. No puede adoptar una decisión sin tal consentimiento o sin un procedimiento legal que lo autorice. (Ej. Traslado territorial, megaproyecto, etc.). -El consentimiento no exime al Estado de buscar el desarrollo y mejoramiento de pueblo, ni autoriza al Estado a vulnerar la vida o integridad. Se requiere el consentimiento por-que hay un riesgo potencial. Si hubiera seguridad de que acto va a afectar o extinguir a un pueblo, el Estado No puede adoptar tal acto o medida ni con el consentimiento del PI.

Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
En todos los casos, Estado debe	1. Informar de modo previo y completo, y 2. Actuar de buena fe (supone que el Estado decidirá luego del resultado de estos procesos y considerando lo que digan los PI. Si ya tiene una decisión tomada, ejem. una licitación ya concedida, no hay buena fe) 3. Tratar con representantes de los pueblos (no con individuos) 4. Motivar su acto, explicando cómo ha llevado a cabo el proceso y cómo ha considerado lo que dicen los pueblos 5. Garantizar (decida lo que decida) que, en lo sustantivo, a) la medida respeta al máximo posible las prioridades de desarrollo de los pueblos; b) el proyecto prioriza el mejoramiento de los pueblos, y c) la medida o proyecto en ningún caso afecta existencia o integridad física o cultural de los pueblos, y toma medidas para minimizar riesgos	

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Papel del pueblo indígena	Participa en la adopción de la decisión conjuntamente con el Estado. Co-decide al ser parte de instancias electivas o representativas, o mediante representación puntual para caso específico.	Participa en el proceso de consulta. Puede dar su consentimiento o, si no, entrar en una negociación para llegar a un acuerdo que le convenga. -Valora y negocia beneficios o ganancias, e indemnizaciones. Puede no llegar a un acuerdo y sabe que el Estado decide, pero debiendo considerar sus planteamientos y respetando siempre sus derechos sustantivos. PI No decide. Puede reclamar si Estado vulnera derecho a la consulta u otros derechos afectados.	Tiene derecho a dar o no dar su consentimiento. No decide, pero la decisión del Estado depende de su consentimiento.

	Participación	Consulta previa	Consentimiento libre, previo e informado
Base Legal Convenio 169 (algunos artículos ilustrativos)	Art. 2 - Art. 5 - Art. 6,1,b)	Art. 6,1, a) - Art. 6, 2	Art. 4,2 - Art. 16,2 Art. 16,4
	Art. 6,1,c) (hacia autonomía)	Art. 15,2 - Art. 17,2	
	Art. 7 - Art. 8,1 - Art. 15,1	Art. 20 (en cooperación)	
	Art. 22,2 - Art. 22,3	Art. 22,3 - Art. 28,1	
	Art. 23 - Art. 25		
Declaración ONU (algunos artículos ilustrativos)	Art. 27 y fortalecer autonomía		Art. 10 - Art. 19 Art. 28,2 - Art. 29,2 Art. 30 - Art. 32,2
	Art. 33,2		
	Art. 4, 5 - Art. 14,3	En consulta y cooperación	
	Art. 18 - Art. 22,2	Art. 15,2; - Art. 17,2	
	Art. 23 - Art. 27	Art. 19 - Art. 32,2	
	Art. 29,3 - Art. 31,2	Art. 36,2 - Art. 38	
	Art. 37 - Art. 41		

CURRICULUM VITAE DE LOS PANELISTAS

José Aylwin Oyarzún

Es abogado especialista en Derechos Humanos y Pueblos Indígenas; codirector del Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, hoy Observatorio Ciudadano; ONG de Documentación, Promoción y Defensa de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas en Chile, fundada en 2004. Entre sus antecedentes laborales podemos destacar que fue director del Instituto de Estudios Indígenas de la Universidad de la Frontera de Chile y coordinador del Programa de Derechos Indígenas de esa misma institución, entre los años 2002 y 2004. También, ha realizado estudios e investigaciones sobre derechos de los pueblos indígenas en América del Norte y Latinoamérica para la CEPAL, la Universidad de Montana y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Y es profesor de Derecho Indígena de la Universidad Austral de Chile.

Mikel Berraondo

Es licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra y máster europeo en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad de Padua. Asimismo, es coordinador del Aula de Derechos Humanos del Instituto de Promoción de Estudios Sociales de Pamplona y miembro del Grupo Intercultural Almaciga. Actualmente, asesora en cuestiones jurídicas a diversas organizaciones indígenas de distintos países de América; y entre sus antecedentes laborales y académicos se destaca el haber sido asesor de la asambleísta Mónica Chuji en la Asamblea Constituyente de Ecuador entre 2007 y 2008 en temas relacionados con los derechos ambientales y los derechos de los pueblos indígenas. Es abogado de la Comunidad Charco de La Pava, de Panamá.

Idón Moises Chivi Vargas

El doctor Chivi Vargas es abogado de ascendencia indígena; es autor de numerosos artículos vinculados al acceso a la justicia de los pueblos indígenas; se ha desempeñado como jefe de unidad de reformas normativas del Ministerio de Justicia; ha sido consultor de la representación presidencial para la Asamblea Constituyente. Actualmente,

se desempeña como coordinador de la reforma integral del código penal del Viceministerio de Justicia y Derechos Fundamentales.

Alberto Filippi

Ha estudiado derecho en la Universidad Central de Venezuela y es doctor en filosofía por la Universidad de Roma La Sapienza. Participó en las luchas estudiantiles contra la dictadura del general Pérez Jiménez para ser luego uno de los dirigentes del Movimiento al Socialismo en Venezuela. En los años sesenta colaboró con Lelio Basso en el Istituto per lo Studio della Società Contemporanea y en la revista *Problemi del Socialismo*. Desde 1980 es catedrático de Historia e Instituciones de América Latina e Instituciones Europeas Comparadas en la Universidad de Camerino adonde dirigió el Istituto di Studi storici-giuridici, filosofici e politici y fundó y dirigió hasta 2005 el Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas. Es profesor visitante en Universidades y Centros de Investigación de Europa y América y miembro del Comité Científico del Instituto Italo Latinoamericano y de la Asociación Antigone para la defensa de los derechos de los privados de libertad, en Roma. Entre sus obras se destacan: *Bolívar y Europa, en las crónicas, el pensamiento político y la historiografía*, Ediciones de la Presidencia de la República de Venezuela, Caracas-Barcelona, (3 vols.) 1986, 1989, 1994; *Ideologías e Instituciones en la Independencia Hispanoamericana*, (prólogo de José Aricó), Alianza Editorial, Buenos Aires 1988; *Dalle Indias all'America Latina. Saggi sulle istituzioni politiche americane*, Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Ipolitiche, Università di Camerino 1999; *El pensamiento de Bobbio en la cultura Iberoamericana*, (junto con Celso Lafer) Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006; *Il mito del Che. Storia e ideologia dell'utopia guevariana*, Einaudi, Turin 2007 y es coautor para América Latina del *Dizionario del Comunismo* (dirigido por Silvio Pons y Robert Service) Einaudi, Turín (2 vols.), 2006- 2007; *De Mariátegui a Bobbio. Ensayos sobre socialismo y democracia*, Editorial Minerva, Lima 2008 y de la Introducción a los Escritos Escogidos de Rodolfo Mondolfo, publicados por la Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba 2009, así como a los *Principios Generales del Derecho Latinoamericano*, Eudeba, Buenos Aires 2009.

Silvina Ramírez

Comenzó su carrera académica como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y como investigadora en el Centro de Investigaciones de la misma Facultad. Inició sus estudios en Derecho Penal y Criminología, formando parte de los equipos de

investigación dirigidos por el doctor Luis Marcó del Pont. Se especializó en Derecho de los Pueblos Originarios a partir de su trabajo en el Ministerio de Justicia del Estado de Bolivia. Ha publicado numerosos trabajos y ensayos sobre ese tema. Actualmente, dicta las asignaturas Derechos de los Pueblos Originarios y el Neoconstitucionalismo Latinoamericano, y Elementos de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha trabajado en diversos asuntos vinculados con las reformas judiciales en países como Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Venezuela, Bolivia y Ecuador, entre otros. También participó en programas que involucran la relación del Estado con pueblos indígenas. Ocupó cargos de autoridad en el INECIP y, actualmente, dirige el área de investigaciones de dicha institución y es asesora académica del Ceppas / Gajat.

Nelson Rapiman

Desde el año 2007 se desempeña como Defensor Público del Área de Defensa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ADDESC), de la Oficina de la Defensa Civil de la Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de Trelew. Es abogado y estudió en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Nacional de la Patagonia “San Juan Bosco”, Trelew, 2007-2009. Ha participado de numerosos congresos, cursos y seminarios.

219

Fernando Radziwilowski

Es abogado de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como Defensor Público y es responsable a cargo del Área de Defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces, Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, Poder Judicial de la Provincia del Chubut, República Argentina.

Ha participado en diversos cursos, talleres, seminarios y cuenta con trabajos publicados: “Pueblos Indígenas en la provincia del Chubut: Acceso a la Justicia desde la estrategia del Ministerio Público de la Defensa”; VIH/SIDA: Acceso a los tratamientos; “Informe: Situación del sida y los derechos humanos en Argentina”.

Raquel Yrigoyen Fajardo

Es doctora en Derecho de la Universidad de Barcelona; especialista en Derecho Consuetudinario Indígena de la Universidad Autónoma de

México y Universidad San Carlos de Guatemala; máster en Sistema Penal y Problemas Sociales; diploma de estudios antropológicos (PUCP); y estudios en *Indian Federal Law* (University of Oklahoma); miembro fundador del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS/ *International Institute on Law and Society-IILS*.y ha trabajado en distintas agencias de cooperación como experta en Derechos Humanos, Derechos Indígenas, Pluralismo Jurídico, y Acceso a la Justicia.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Se graduó de abogado en la Universidad de Buenos Aires y es Doctor en Ciencia Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral. Es profesor titular y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue becario de la OEA en México y de la Max Planck Stiftung en Alemania.

Se desempeñó en la judicatura durante dos décadas, retirándose como Juez de la Cámara Criminal de la Capital Federal. Con posterioridad fue Director General del Instituto Latinoamericano de prevención del delito de las Naciones Unidas (ILANUD, San José, Costa Rica). Fue electo Diputado Constituyente Nacional en 1944 y de la Ciudad de Buenos Aires en 1996 (presidente de la Comisión de Redacción de la Constituyente) y Diputado de la Ciudad en 1997), y posteriormente, Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI).

Fue profesor en las universidades Veracruzana (México), del Salvador (Buenos Aires) y Católica de la Plata. Es profesor invitado, entre otras Universidades, de la del País Vasco, Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana), San Martín de Porres (Perú), de Maracaibo (Venezuela), Cândido Méndez (Brasil) y profesor Honoris Causa de la Universidad Autónoma de Santo Domingo; Doctor Honoris Causa por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, Doctor Honoris causa por la Universidad de Macerata (Italia) y Doctor Honoris causa por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Integra múltiples entidades académicas y los consejos de varias revistas especializadas.

Es vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal y miembro del Comité Científico de la misma. Es autor de proyectos de reformas a los códigos penales argentino (1991), ecuatoriano (1969 y 1992) y costarricense (1991).

Sus obras más importantes: Manual de Derecho Penal (editado también en México y Perú, y adaptado al derecho penal brasileño en coautoría con José Henrique Pierangeli), Tratado de Derecho Penal en

cinco volúmenes (reeditado también en México); En busca de las penas perdidas (traducido al portugués y al italiano) y Estructuras judiciales (traducido al portugués)

Es autor de numerosos artículos, folletos y trabajos breves; prólogos y presentaciones; comentarios bibliográficos; proyectos y trabajos legislativos; artículos periodísticos; opiniones y dictámenes; traducciones; participación en congresos y seminarios; cursillos y ciclos de conferencias; conferencias y clases extraordinarias.

Actualmente es Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.