
Revista Virtual REDESMA
marzo 2009
Vol. 3(1)

Pueblos indígenas, minería y derecho internacional

Marcos A. Orellana



Resumen

A partir de las discusiones de foros organizados por el IIED, el autor hace una reseña histórica del progresivo desarrollo del derecho como resultado de la invasión europea y la evolución del derecho internacional. También se hace un informe de la labor que han venido realizando las instituciones internacionales más activas en este ámbito.

Introducción

En el presente artículo se hará una reseña de los principales puntos que se han discutido en los distintos foros referidos al tema de los pueblos indígenas y los derechos a la tierra. Por consiguiente, necesariamente su desarrollo será muy abreviado y esquemático, ya que el objetivo es destacar tanto los principales puntos ya tratados en el debate como aquellos que aún son objeto de conflicto. Este documento comienza con un recuento histórico del progresivo desarrollo del derecho como resultado de la invasión europea y la resistencia y las negociaciones de los pueblos indígenas. Una vez descrito el marco legal, el documento presenta una reseña de la transformación estructural del derecho internacional, como resultado del surgimiento de las normas de derechos humanos y los organismos supervisores. Este análisis general concluye con un breve informe de la labor que han venido realizando las instituciones internacionales más activas en este ámbito, entre las que se incluyen las Naciones Unidas y el Banco Mundial.

Evolución histórica

Tras la llegada de Colón al ‘Nuevo Mundo’, las doctrinas legales entonces en vigor se vieron tensionadas

por el primer contacto con los pueblos indígenas de las Américas. En la empresa de la conquista y la dominación es necesario distinguir con claridad dos dimensiones: la primera, la del discurso legal; la segunda, la del encanto por el oro que conducía el proceso. A pesar de que estas dos dimensiones están inextricablemente relacionadas, en ocasiones avanzan por distintos senderos, lo que explica la diferencia que existe entre la teoría normativa y la historia de los sucesos.

Derecho internacional natural

Cuando los europeos llegaron al norte de África y a las Américas, existía un diálogo legal sumamente complejo entre el Papa y los Reyes, que justificaba la empresa de la conquista. Varias Bulas Papales, concedidas con el propósito de proteger a las poblaciones indígenas locales y de difundir entre ellos el Cristianismo y la civilización, le entregaron a los portugueses un monopolio efectivo sobre sus recién establecidas colonias en el norte de África. Dichas bulas se fundamentaban en un debate legal y filosófico de varios siglos y abarcaban desde las cruzadas a la cuestión de las investiduras y a la condición de los Indios en el ‘Nuevo Mundo’.

Este último tópico tuvo gran peso en el Consejo de Burgos, celebrado a comienzos del período de la con-

quista española, en el cual se trataba de resolver si era lícito o no esclavizar a los Indios en nombre del Cristianismo. Los frailes dominicanos que habían viajado a las Indias, entre ellos Montesinos y Bartolomé de las Casas, aportaron pruebas abrumadoras de la brutalidad con que los conquistadores españoles arrasaban las poblaciones indígenas locales, esclavizándolas y forzándolas a trabajar en las minas de oro. Se produjo un deterioro demográfico producto de maltratos, esclavitud, suicidios, castigos, batallas, desnutrición a raíz del deterioro del medio ambiente, y matanzas (Daes 2001). Las cifras hablan por sí solas: la población total de la Américas disminuyó en un 95% en los 150 años posteriores al primer encuentro (Stavenhagen 1991).

Francisco de Vittoria apareció en este escenario y es con frecuencia mencionado por su decisivo aporte a la transformación del orden legal internacional. Vittoria proyectó los fundamentos del derecho natural al plano internacional, con el argumento de que todas las naciones y pueblos del planeta estaban sujetos al *Ius Gentium*. De acuerdo con su teoría, los pueblos indígenas eran los dueños legítimos de sus tierras, por lo que los indios no podían ser despojados de sus tierras sin una causa justa. Esta declaración de principios, que a menudo se cita como su gran aporte al respeto de los derechos a la tierra de los pueblos indígenas, se compensa con su debate sobre la justificación de la conquista española. En este plano, Vittoria sostuvo que de acuerdo al derecho natural, que en su concepción se aplica a todos los pueblos, los españoles tenían el derecho a enviar misioneros, a comerciar y a hacer uso de las tierras comunitarias de los Indios. Si los Indios ponían obstáculos al ejercicio de estos derechos que otorga la ley natural internacional, se justificaría que los españoles recurrieran a las armas en defensa de los derechos que les garantizaba la ley natural.

Doctrinas del despojo

En otras regiones del mundo, los argumentos legales internacionales transitaban por caminos diferentes. Por ejemplo, en Australia y en otros lugares, se recurría a la doctrina de *terra nullius* para apropiarse de

las tierras de los indígenas. De acuerdo con esta teoría de derecho romano, las tierras que no tuvieran dueños podían pasar a manos de naciones que manifestaran la intención de apropiárselas. Siguiendo esta teoría, surgió una representación ficticia del mundo, en la cual muchas regiones se consideraban deshabitadas o abandonadas, a pesar de que ya estaban ocupadas por indígenas.

La doctrina de *terra nullius* fue aparentemente descartada por la Corte Internacional de Justicia en 1975 en el Caso de *Sahara Occidental*. En éste, parecía que la Corte reconocía la existencia de una teoría de posesión internacional de tierras, sobre la base de una concepción no europea de la pertenencia. De hecho, la Corte determinó que quedaba:

“64. [...] claro que el nomadismo de la gran mayoría de los pueblos de Sahara Occidental en la época de su colonización daba origen a ciertos vínculos de carácter legal. [...] Las tribus, en sus migraciones, habían utilizado las praderas para pastoreo, cultivado las tierras, construido pozos de agua en ambos territorios y su camposanto en alguno de los dos. Estos elementos básicos del estilo de vida de los nómades [...] constituían, en alguna medida, los fundamentos de los derechos tribales, y su utilización, en general, estaba regulada por las costumbres.” (Traducción no oficial)

Sin embargo, a pesar de considerar la existencia de “vínculos legales de lealtad” y “algunos derechos relacionados con la tierra”, la CIJ siguió aplicando la noción europea de adquisición de títulos como exclusivo criterio.

Otra teoría legal que se utilizó para despojar a los pueblos indígenas de sus tierras fue la teoría del descubrimiento. De acuerdo con este modo de adquisición de tierras, en el contexto del pensamiento legal europeo un territorio era propiedad de la nación que lo descubría. Al igual que la doctrina de *terra nullius*, esta teoría pasaba por alto la ocupación previa de los territorios. La teoría del descubrimiento, no obstante, sólo recibió una limitada aceptación entre los tribunales internacionales llamados a adjudicar los territo-

rios, que por lo general exigían que al descubrimiento como acto simbólico le siguiera una ocupación efectiva.

Tratados con pueblos indígenas

La empresa de la conquista que llevaron adelante los europeos en el ‘Nuevo Mundo’ también adquirió matices legales mediante tratados internacionales celebrados con pueblos locales. Existió una enorme diversidad de tratados, lo que hace imposible establecer categorías unitarias. Pero al menos es posible señalar tres modalidades: primero, ciertos tratados determinaban la cesión de tierras indígenas a naciones e, incluso, a particulares; segundo, otros tratados contemplaban la creación de un régimen dual, que concedía los derechos y obligaciones relacionados con el gobierno externo a los poderes imperiales, pero que mantenía la autonomía de los indígenas sobre sus tierras y sus asuntos internos; por último, la tercera categoría la componen los tratados que fijaban límites o fronteras entre los conquistadores y los pueblos indígenas, y que, por lo tanto, demarcaban esferas de soberanía y jurisdicción.

Estas tres categorías de tratados generaron distintos efectos legales, los que, para efectos de este análisis, pueden reducirse a dos: (1) algunos tratados tenían por efecto que a los pueblos indígenas se les despojara de sus tierras y que se les impusiera un sistema externo de autodeterminación. De acuerdo con estas disposiciones legales, los pueblos indígenas cedían sus tierras o quedaban sujetos al gobierno que ostentara el poder de la ocupación, con lo cual perdían su personalidad internacional. En contraparte, (2) los tratados que fijaban límites generaban el reconocimiento de la personalidad internacional de las comunidades indígenas que los suscribían. De hecho, en la práctica legal de los poderes europeos de la época, estos tratados limítrofes gozaban de un mismo status que los demás tratados. Estos tratados aportan más pruebas de que los pueblos indígenas eran sujetos de derecho internacional entre los siglos XV y XVIII.

Siglo XIX: La nueva sociedad internacional

Durante el siglo XIX, las naciones-estado europeas que se habían consolidado luego del fin de la era medieval en Westfalia habían ingresado a una nueva etapa en el progresivo desarrollo de sus leyes y convenciones sociales. Después de Westfalia, los nuevos soberanos pusieron énfasis en las dimensiones del consenso del derecho internacional, cuya principal fuente eran la voluntad y la aceptación del estado. De hecho, en la pugna por desechar antiguas teorías, durante el siglo XIX el derecho internacional fue considerado como la ley que regía los vínculos entre países civilizados, esto es, los estados cristianos europeos. El derecho internacional sólo reconocía como sujetos internacionales a los estados europeos y a las entidades reconocidas por dichos estados. De acuerdo con lo anterior, los estados europeos no consideraban a los pueblos indígenas soberanos ni civilizados, con lo cual éstos quedaban marginados de la comunidad internacional.

El Arbitraje de los *Indios Cayuga* de 1926 entre el Reino Unido y EE.UU. entrega pruebas de este giro del sistema legal internacional hacia la exclusión de los pueblos indígenas. En este caso, el Tribunal concluyó que la Nación Cayuga y los Cayuga, en tanto individuos, carecían de status bajo el derecho internacional. El Tribunal, no obstante, sostuvo que los principios generales de equidad, lealtad en los acuerdos y justicia, reconocidos por el derecho internacional, determinaban que los Cayuga de Canadá tenían derecho a recibir una pensión vitalicia acordada con el Estado de Nueva York en un tratado de 1875. En fechas más recientes, en octubre de 2001, un Tribunal de Distrito de Nueva York decidió otorgar a la Nación Cayuga US\$247,9 millones en un juicio por demanda de tierras interpuesto en contra del estado de Nueva York.

Siglo XX: La descolonización y el nuevo orden económico internacional

El principio político y legal de la autodeterminación generó una transformación radical en el entorno político internacional, el cual fue testigo de la creación

de un gran número de nuevos estados. El principio *Uti Possidetis Juris* fue utilizado para dar cuenta de la demarcación de las fronteras de los nuevos estados independientes. Según este principio, los límites que la administración colonial tenía al momento de la independencia determinarían las fronteras de los nuevos estados. Se advierte con claridad que el principio *Uti Possidetis* otorgaba a los nuevos estados una fuente accesible de legitimidad y estabilidad en la definición de sus fronteras, con lo cual evitaban los conflictos entre ellos y la intervención de las fuerzas coloniales. Al mismo tiempo, el principio constituía una réplica de las estructuras desiguales del dominio colonial sobre los indígenas que ocupaban sus territorios, ya que éstos de nuevo se veían artificialmente separados por fronteras ajenas.

La CIJ ha pasado por alto los títulos de tierras de los indígenas en varios casos, entre los que se incluye su reciente decisión de 1994 en la Disputa Territorial entre Libia y Chad por una franja de territorio que supuestamente contenía depósitos de uranio. Otro claro ejemplo de la aplicación del principio *uti possidetis juris* lo constituye el caso del Golfo de Fonseca, en el cual El Salvador llamó la atención de la Cámara ante el posible conflicto que se generaría entre las demandas fundadas en documentos españoles y las basadas en antiguos derechos de las Poblaciones de Indios. La Cámara resolvió que,

“95-6 Eran los límites administrativos que separaban las unidades administrativas de la colonización española, y no los límites que separaban los asentamientos indígenas, los que por aplicación del principio uti possidetis juris fueron transformados en límites internacionales en 1821.” (Traducción no oficial)

Aparte de la descolonización, el Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) fue un proceso que buscaba dar paso a un orden mundial más ecuánime y justo, transformando de manera radical el *anciéne* régimen internacional, que se basaba en el dominio colonial, en el saqueo de los recursos naturales y en modelos inapropiados de producción y consumo. En el NOEI, las naciones en desarrollo ejercerían una total soberanía sobre sus recursos naturales, como un

medio para recuperar la riqueza que los poderosos ‘imperios’ habían explotado dentro de sus fronteras. En consecuencia, el énfasis del NOEI apuntó a lograr la independencia económica del exterior, recuperar el control sobre las propias riquezas económicas y poner en práctica esquemas de desarrollo.

Sin embargo, no pueden pasarse por alto las consecuencias que trajeron estos procesos de reestructuración, ya que principalmente afectaron a las comunidades locales más vulnerables al interior de los territorios de estos nuevos estados. A los grupos culturalmente diferentes de la sociedad dominante se les “expropiaban” los recursos naturales sobre los cuales habían edificado su civilización por varios siglos. El NOEI era explícito: los recursos naturales ahora pertenecerían al Estado y no a quienes tradicionalmente los utilizaban. Esta nueva realidad, por supuesto, generaba un conflicto entre la sociedad dominante y los grupos marginados; en definitiva, entre el Estado y quienes por tradición poseían el derecho nativo a utilizar los recursos naturales. La paradoja reside en que los nuevos Estados quisieron liberarse de los poderes externos, y en dicho proceso, oprimieron a las comunidades que venían utilizando los recursos naturales desde tiempos inmemoriales.

Surgimiento de las Normas de Derechos Humanos

La aparición de las normas de derechos humanos y de sus mecanismos de supervisión transformó las estructuras del sistema legal internacional. La soberanía del Estado se vio determinada por la obligación de proteger y promover los derechos de sus ciudadanos, tema que en la actualidad constituye una preocupación común en la comunidad internacional y que, por ende, escapa al dominio de la jurisdicción exclusiva reservada al Estado. En esta sección se explorará desde tres ángulos el tema de los derechos humanos en relación con las tierras de los pueblos indígenas: en primer lugar, se introducirán los derechos esenciales, entre los que se incluyen el derecho a existir como comunidades diferentes y el derecho a la autode-

terminación; en segundo término, se presentará el marco de los instrumentos legales internacionales; y por último, se presentará una breve reseña de los cuerpos institucionales que han sido creados para supervisar la implementación de las normas de derechos humanos.

El derecho a existir

El derecho de los pueblos a existir ha sido elevado a la categoría de *ius cogens* en el derecho internacional, con lo cual ningún tratado internacional puede derogar la obligación, exigible a todos los miembros de la comunidad internacional, de prevenir y castigar el delito de genocidio. Además, el genocidio ha sido reconocido como delito internacional, lo que otorga jurisdicción universal para procesar a los inculpados.

La *Convención Internacional de 1948 sobre la Prevención y Castigo del Genocidio*, aprobada unánimemente por la Asamblea General de Naciones Unidas, define los elementos que constituyen el delito de genocidio. Las definiciones de la Convención contra el Genocidio se reprodujeron al pie de la letra en el *Estaduto de Roma de la Corte Penal Internacional* – que aún no entra en vigencia – en cuyo preámbulo se reconoce que las culturas de todos los pueblos forman parte de un patrimonio común, y que existe la posibilidad de que este delicado mosaico sea destruido en cualquier momento. En la interpretación de los elementos del delito de genocidio deben tenerse en cuenta estas ideas preliminares. Tal como señalara la Corte Internacional de Justicia en el caso de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, los principios que subyacen a esta Convención son principios que las naciones civilizadas consideran exigibles a los Estados, incluso en ausencia de obligación convencional.

A menudo se ha afirmado que la Convención contra el Genocidio se refiere sólo a la destrucción física de grupos humanos y no al genocidio cultural o etnocidio; además, la convención exige la intención específica de eliminar el grupo en cuanto tal, ya sea parcial o totalmente. Estos dos elementos han sido objeto de

cuestionamientos en las últimas décadas, sobre la base de que la estrecha relación que existe entre los pueblos indígenas y sus tierras torna artificial la distinción entre genocidio cultural y genocidio físico.

En este sentido, se ha propuesto que es imposible separar las dimensiones cultural y física de la existencia, considerando la integración espiritual y material que se da entre los pueblos indígenas y su entorno. También se ha cuestionado la norma de ‘intención directa’, por cuanto es excesivamente estrecha para abarcar actos deliberados de destrucción ambiental que se ocultan detrás de la retórica del desarrollo y el crecimiento económico. En este punto, se ha señalado que la norma de ‘intención y efecto’ proporcionaría una mayor protección a los pueblos indígenas y a sus tierras.

El derecho de los pueblos a existir también significa que no se les puede privar de sus medios de subsistencia. Esta norma fue incluida en las convenciones de derechos humanos de Naciones Unidas, que se examinarán más adelante. En el caso de los pueblos indígenas, se ha planteado que el derecho a contar con sus medios de subsistencia se aplica a la protección de sus ríos, bosques, mares y otras fuentes de sustento. En consecuencia, las operaciones mineras que contaminan ríos, construyen carreteras a través de los bosques y destruyen los ecosistemas locales violarían esta norma fundamental de los derechos humanos.

El derecho a la autodeterminación

El debate en torno a los límites y la aplicación del derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación sigue siendo el tema más controvertido en la discusión del borrador de la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En este debate se han perfilado con claridad dos dimensiones de este derecho: una externa, referida al derecho a la personalidad internacional y/o a independizarse; otra interna, referida al derecho a tener autonomía en su gobierno y en sus asuntos locales, que incluye la tierra y los recursos naturales.

Desde una perspectiva legal internacional, la autodeterminación es un derecho colectivo que recae en los pueblos y que ha sido reconocido por el *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. El artículo común I, párrafo I, sostiene que:

“*Todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación. En virtud de este derecho, son libres de determinar su status político y de aspirar a su desarrollo económico, social y cultural.*” (Traducción no oficial)

Se ha generado un gran debate para determinar si la autodeterminación se aplica más allá del contexto colonial. Debe destacarse que la formulación del principio de autodeterminación en la Carta de Naciones Unidas se da en el contexto de los objetivos de la organización y no en el contexto del fin de la colonización. Por otra parte, también debe señalarse que las declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que abordan el tema del término del colonialismo enfatizan que el derecho a la autodeterminación no debe utilizarse para interrumpir la unidad del estado o su integridad territorial.

El derecho a la no discriminación

El derecho a la igualdad y a la no discriminación es parte medular de las leyes internacionales sobre derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, el racismo es condenado en todas sus formas, tema que fue explorado en la reciente *Conferencia Mundial en contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas de Intolerancia*, celebrada en Durban, 2001. La conferencia afirmó la importancia adscrita a los valores de solidaridad, respeto, tolerancia y pluralismo cultural, y reconoció que los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación desde hace siglos. La conferencia también reconoció la especial relación que los pueblos indígenas tienen con la tierra como base de su existencia espiritual, física y cultural.

La *Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (CERD) aborda específicamente el problema de la discriminación, y su órgano supervisor ha recibido comunicaciones en las que se denuncia la violación de este derecho. Tal es el caso de la *Ley Australiana de Enmiendas de Títulos Nativos* propuesta en 1998 y que permitía al gobierno exterminar unilateralmente los derechos de tierra de los nativos. Se formó una Comisión que determinó que esta ley de enmiendas violaba las responsabilidades internacionales de Australia e instó al gobierno a suspender su aplicación. Lo más significativo fue que la Comisión señaló que los derechos de tierra de los pueblos indígenas son reconocidos por el derecho internacional y que la comunidad internacional ahora entiende que las doctrinas de despojamiento son ilegítimas y racistas.

Convenciones universales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos

La seminal *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1949, aprobada unánimemente por la Asamblea General de Naciones Unidas y aceptada actualmente como derecho consuetudinario, dio pie a la preparación y conclusión del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ICESCR) de 1966 y el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* (ICCPR) de 1966. Ambos instrumentos contienen disposiciones que pueden interpretarse para garantizar la protección de los derechos a la tierra de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la religión, a la familia, y a la integridad cultural.

Durante varias décadas, se sostuvo que sólo los derechos civiles y políticos pertenecían a la categoría de los derechos humanos, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales pertenecían al ámbito de las aspiraciones sociales. La reciente *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*, celebrada en 1993 en Viena, terminó con este argumento afirmando categóricamente la interdependencia de todos los derechos humanos. En otras palabras, la retórica del desarrollo y del crecimiento económico no puede ser

utilizada para justificar violaciones ni la negación sistemática de los derechos humanos, tanto en su dimensión cultural como política. Recientemente, el debate ha seguido ampliándose hasta abarcar los derechos de tercera generación, o derechos de solidaridad, que son los que recaen en los pueblos, tales como los derechos a la autodeterminación, a la paz, a un medio ambiente saludable, los cuales exigen solidaridad en todos los niveles para su efectiva aplicación.

Mención especial merece la formulación del ICCPR del derecho a la integridad cultural, que sostiene que a las personas que pertenecen a minorías étnicas se les debe garantizar, en conjunto con los demás miembros de su grupo, el derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a hablar en su propia lengua. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) es el organismo constituido por acuerdo, que se encarga de supervisar el cumplimiento del ICCPR, incluyendo demandas en contra de países que han ratificado el *Primer Protocolo Opcional* del ICCPR en las que se denuncian violaciones a los derechos que se encuentran bajo protección. CDH planteó en su Comentario General al Artículo 27 que esta disposición se extiende a la actividad económica, en aquellos casos en que ésta sea un elemento esencial de la comunidad étnica. La Comisión, además, señaló que:

“La cultura se manifiesta de muchas formas, las que incluyen una forma de vida particular relacionada con el uso de los recursos de la tierra, en especial tratándose de pueblos indígenas. Para garantizar estos derechos puede ser necesario recurrir a medidas positivas que protejan y aseguren la efectiva participación de los miembros de las comunidades minoritarias en las decisiones que los afectan.” (Traducción no oficial)

Tras analizar una petición del la Banda de Indios Cree del Lago Lubicon, el Comité concluyó que Canadá había violado el artículo 27 al autorizar al gobierno del estado de Alberta a otorgar arrendamientos para exploraciones de petróleo, gas y para la producción de madera dentro de un territorio ancestral de la

Banda del Lago Lubicon. El Comité también determinó que la actividad productiva con recursos naturales combinaba inequidades históricas que amenazaban la forma de vida y la cultura de la Banda del Lago Lubicon.

Posteriormente, en el contexto de los casos Lansman, la Comisión de Derechos Humanos abordó el tema específico de los proyectos mineros en tierras de pueblos indígenas. En estos casos, la Comisión destacó que:

“9.8 [...] las actividades económicas, con el objeto de cumplir con al artículo 27, tienen que desarrollarse de tal modo que los autores se sigan beneficiando de la cría de renos. Además, si se aprobara la realización de actividades mineras de gran escala en la zona de Angeli, y si éstas se extendieran ampliamente a compañías cuyos permisos de explotación ya hubieran sido otorgados, entonces el hecho constituiría violación de los derechos del autor, tal como lo dispone el artículo 27, en especial, del derecho a gozar de su propia cultura. La parte del Estado está obligada a tener este hecho en cuenta ya sea cuando extiende contratos, ya sea cuando otorga nuevas licencias.” (Traducción no oficial)

Además de ICCPR, ICESCR, y CERD examinadas más arriba, existen numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos que tratan el tema de la tortura (CAT), la discriminación por género (CEDAW), y los derechos de los niños (CRC). Existe una comisión supervisora para cada uno de estos tratados, la que monitorea el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos por parte de los Estados que forman parte de estos acuerdos. Además de recibir denuncias de personas naturales (salvo ICESCR y CRC), las comisiones analizan informes sobre la manera en que los gobiernos aplican estos tratados. Aunque estos informes abren espacio para influir en el avance de la aplicación de los tratados – ya que estimulan la amplitud de criterio y el diálogo – el sistema de informes presenta muchos problemas, que incluyen presentaciones atrasadas, falta de recursos para evaluar los informes, falta de

publicidad y la nula influencia que en los gobiernos ejercen los comentarios y recomendaciones de las comisiones.

Sistema Inter-Americano de derechos humanos

El Sistema Inter-Americano de Derechos Humanos experimentó diversas modificaciones durante la segunda mitad del siglo XX, con el fin de otorgar protección a los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, la familia, la asistencia judicial, entre otros. La Comisión Inter-Americana de Derechos Humanos (CIDH) ha desempeñado un rol fundamental en la implementación de normas esenciales contenidas en la *Declaración Americana de Derechos y Responsabilidades del Hombre* de 1947 y en la *Convención Americana de Derechos Humanos* de 1969.

Desde su creación en 1959, la CIDH ha contribuido significativamente a la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas mediante visitas a terreno, informes nacionales, acuerdos amistosos y peticiones individuales. La CIDH ha elaborado varios informes especiales referidos a la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en los países miembros, entre los que se incluye Colombia (1993, 1997), Guatemala (1993), Ecuador (1997), Brasil (1997), México (1998) y Perú (2000), así como también la situación de los Miskitos en Nicaragua (1984) y la de las Comunidades de Pueblos en Resistencia en Guatemala.

En 1997 por ejemplo, en el *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, la CIDH planteó que para los pueblos indígenas seguir utilizando sistemas tradicionales para el control y el uso del territorio era esencial para la supervivencia, al igual que para su bienestar individual y colectivo. Además, la CIDH observó que el control de la tierra incluye la capacidad de generar los recursos que sustentan la vida y el espacio geográfico necesario para la reproducción social y cultural de los pueblos indígenas.

La CIDH ha elaborado, además, una doctrina sobre el derecho a la propiedad en casos que implican los

derechos de tierras de pueblos indígenas. Por ejemplo, en 1985, la CIDH recomendó que el gobierno de Brasil estableciera y demarcara las fronteras del Parque Yanomami en el Bosque Amazónico tras determinar que, *inter alia*, la autorización para explotar los recursos del subsuelo de territorios indígenas había originado numerosas violaciones a los derechos humanos. La CIDH también se ha transformado en un instrumento para garantizar los derechos a la tierra de los pueblos indígenas actuando como mediador en acuerdos amistosos, como el acuerdo de 1998 entre el pueblo Enxet-Sanapaná y el gobierno de Paraguay.

Hace poco tiempo, en 1998, la CIDH presentó el caso de los *Awás Tingni* ante la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, acusando a Nicaragua de haber violado el derecho de la comunidad indígena a la propiedad de tierras ancestrales al otorgar una concesión forestal a una compañía maderera coreana. En su fallo del 2001, la Corte consideró que existían garantías para hacer una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y determinó que la Convención protege el derecho a la propiedad de las tierras comunales entre los miembros de las comunidades indígenas. La Corte también dictaminó que Nicaragua había violado la Convención al no demarcar las tierras indígenas y al otorgar concesiones para la explotación de recursos al interior de estos territorios. En su fundamentación, la Corte destacó que,

“149. [...] Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra tiene que ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben

gozar plenamente, inclusive para preservar su legado y transmitirlo a las generaciones futuras.”

La CIDH también ha elaborado una doctrina sobre derechos colectivos, que otorga a los grupos y comunidades indígenas derechos sobre sus tierras. En este sentido, la CIDH ha optado por proponer que los derechos individuales y colectivos no se oponen, sino más bien, que forman parte del principio de plena y efectiva garantía de los derechos humanos. Este enfoque inspiró el borrador de la declaración de los derechos de los pueblos indígenas preparado por la CIDH para la Organización de Estados Americanos (OEA), después de prolongados procesos de consulta con pueblos indígenas, y sirvió de antecedente en particular para aquellos artículos que abordan los derechos culturales, políticos y económicos. El borrador de esta declaración actualmente está siendo analizado por los órganos políticos de la OEA.

Instituciones internacionales

Las Naciones Unidas

Las Naciones Unidas prestaron por primera vez atención formal a los problemas de los pueblos indígenas en el contexto de su labor en contra del racismo y la discriminación. Los pueblos indígenas comenzaron a presionar a Naciones Unidas en la década de 1970, a través de organizaciones no gubernamentales como el Consejo Mundial para los Pueblos Indígenas y el Consejo Internacional para los Tratados con Grupos Indígenas. En respuesta a la legitimidad de sus demandas y a algunos estudios iniciados por la Sub-Comisión sobre Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, en 1982 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) creó un grupo de trabajo, al cual le encomendó la tarea de elaborar una declaración de los derechos de las poblaciones indígenas. En 1993, el Grupo de Trabajo de la Sub-Comisión entregó un borrador de su declaración sobre este tema, el cual está siendo analizado por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

- *Borrador de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El borrador de la declaración se fundamenta en una década de procesos de consulta con pueblos indígenas, quienes han planteado sus inquietudes durante la reunión anual del grupo de trabajo en Ginebra, entre otros foros. El borrador de la declaración reconoce un conjunto de derechos colectivos, como el derecho a mantener y desarrollar identidades culturales diferentes y el derecho a tener plena participación en los asuntos del Estado metropolitano. El borrador de la declaración también contiene numerosas disposiciones que resguardan los derechos a la tierra de los pueblos indígenas, como por ejemplo la siguiente disposición: *“Los pueblos indígenas tienen el derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar las tierras y territorios, que incluyen todo el entorno de tierras, aguas, aire, costas, campos de hielo, flora, fauna y otros recursos que tradicionalmente les han pertenecido o que de algún modo han ocupado y utilizado.”* (Traducción no oficial)

La declaración es categórica en su protección al derecho de los pueblos indígenas a permanecer en sus tierras. En ella se sostiene de manera explícita que “a los pueblos indígenas no se les podrá desplazar por la fuerza de sus tierras o territorios. No se permitirá ningún reasentamiento sin el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas involucrados...”. Con todo, debe señalarse que el borrador de la declaración sigue siendo un instrumento del así llamada “derecho blando”, que sólo da cuenta de una emergente costumbre internacional.

- *Informes Temáticos*

La Sub-Comisión de Naciones Unidas también ha elaborado diversos informes temáticos sobre aspectos particulares de la relación de los pueblos indígenas con el orden mundial

contemporáneo. El seminal informe elaborado por el *Relator Especial* ecuatoriano Martínez Cobo, sobre “El Problema de la Discriminación en contra de las Poblaciones Indígenas” concluyó en 1984. Martínez Cobo abordó los problemas de derechos humanos generados por la minería en tierras de pueblos indígenas, señalando que,

“543. Donde lo permita el sistema legal vigente, los recursos del subsuelo de tierras indígenas también deben ser considerados exclusiva propiedad de las comunidades indígenas. En los casos en que esto se considere imposible por el hecho de que los depósitos del subsuelo son propiedad exclusiva del Estado, éste tiene que [...] permitir la plena participación de las comunidades indígenas en lo que respecta al otorgamiento de permisos de exploración y explotación, las utilidades generadas por tales operaciones, los procedimientos usados para determinar los daños y las compensaciones que se paguen a las comunidades indígenas como resultado de la explotación de los recursos del subsuelo y en la evaluación de todas las consecuencias de tales actividades de exploración y explotación.”

“544. Ninguna actividad de minería, sea cual fuere, debe permitirse en tierras indígenas sin que primero se negocie un acuerdo con los pueblos indígenas que se verán afectados por la operación minera, y se les garantice una participación justa en las ganancias que puedan obtenerse.” (Traducción no oficial)

Otros estudios posteriores se centraron en los tratados celebrados por pueblos indígenas, en el legado cultural de los pueblos indígenas y en el derecho de los pueblos indígenas a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales. Recientemente en el año 2001, se presentó la versión final del documento de trabajo sobre “Pueblos Indígenas y su Relación con las Tierras” a cargo del *Relator Especial* Daes. La Comisión de Derechos Humanos de las

Naciones Unidas ha otorgado crédito a estos estudios, a raíz de lo cual designó en el año 2001, por un período de tres años, a Rodolfo Stavenhagen como *Relator Especial* sobre la Situación de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas. Su trabajo está en desarrollo.

- *Foro Permanente sobre Temas Indígenas*

Después de una serie de reuniones y discusiones en el contexto de la Década de los Pueblos Indígenas, en el año 2000 el ECOSOC creó el Foro Permanente sobre Temas Indígenas. Se espera que este Foro aporte consejos y recomendaciones al ECOSOC sobre temas indígenas en relación con el desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos. También se espera que el Foro Permanente genere conciencia, y que prepare y difunda información sobre temas indígenas. El Foro estará compuesto por 16 expertos (8 designados por gobiernos y 8 por el Presidente del ECOSOC) y se espera que se reúna 10 días al año. Se ha propuesto que convoque a su primera reunión en Nueva York entre el 6 y el 17 de mayo del 2002.

Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el organismo especializado más antiguo del sistema de Naciones Unidas, así como el más activo en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas, en particular sus derechos sociales y económicos. La OIT ha tomado la delantera en la elaboración de normas internacionales, el control de la aplicación de éstas a través de informes periódicos de los estados y mecanismos de ‘representaciones’, y la organización de programas de cooperación técnica.

La Convención OIT 169 sigue siendo el único tratado internacional que aborda el tema de los pueblos indígenas y los derechos a la tierra. Este instrumento

estuvo terminado en 1989 y vino a reemplazar la Convención OIT 107, que se centraba en el objetivo de la integración y la asimilación antes que en la protección de las tierras, la cultura y los aspectos diferenciadores de los pueblos indígenas. OIT 169 contiene varias garantías esenciales y procesales para los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, entre las que se incluye, por ejemplo, el Artículo 15: “deberá existir una especial protección de los derechos de los pueblos relativos a los recursos naturales que formen parte de sus tierras”. Además, los derechos de propiedad cuentan con la protección especial de OIT 169, que señala que deben reconocerse los derechos de pertenencia y posesión de los pueblos en relación con las tierras que tradicionalmente han ocupado. OIT 169 también incluye la obligación de los Estados de consultar a los pueblos indígenas aún cuando los recursos naturales permanezcan bajo propiedad estatal. La disposición pertinente a este punto dice lo siguiente:

“En los casos en que el Estado sea propietario de los recursos minerales o subterráneos, o tenga derechos sobre otros recursos que forman parte de las tierras, los gobiernos deben determinar los procedimientos mediante los cuales consultarán la opinión de estos pueblos, con miras a establecer hasta qué punto se verían afectados los intereses de éstos, antes de ejecutar o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos que formen parte de las tierras de dichos pueblos.” (Traducción no oficial)

OIT 169 garantiza a los pueblos indígenas el control sobre sus tierras, su status legal y su desarrollo. También protege su medio ambiente de la intromisión dañina de elementos ajenos y define las estructuras internas de la organización comunitaria. La aplicación de estas normas internacionales básicas por parte de las constituciones nacionales y las legislaciones internas en un extenso número de países también es una prueba de la existencia de nuevas normas en el derecho consuetudinario internacional.

El artículo 24 de la Constitución de la OIT sostiene que una organización de trabajadores o empleadores,

nacional o internacional, puede presentar ante la OIT una ‘representación’ sobre la base de que un Estado miembro no ha cumplido o no ha garantizado satisfactoriamente la aplicación de una Convención ratificada. Una comisión tripartita examinará la representación y presentará un informe al Cuerpo Directivo para su aprobación, lo que demandará que el gobierno tome medidas específicas para resolver el problema. Este dispositivo para la resolución de conflictos ha forjado alianzas constructivas entre organizaciones sindicales y pueblos indígenas, mediante las cuales, estos últimos han presentado representaciones que aportan pruebas del incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado. En el contexto de las tierras de pueblos indígenas, han presentado casos organizaciones de Dinamarca, México, Bolivia, y Perú.

Por último, la OIT lleva adelante programas de cooperación técnica que promueven la participación activa de pueblos indígenas y tribales en todos los niveles de la implementación y toma de decisiones de un proyecto, desde su diseño hasta su evaluación. Otras actividades de cooperación técnica abordan las condiciones de vida y laborales de los pueblos indígenas. Las características de los programas, por ende, son diversas y se adaptan a las necesidades específicas de las comunidades en estudio, y ya se han aplicado en el Sudeste Asiático, África y en las Américas.

Programa de Desarrollo de Naciones Unidas

El Programa de Desarrollo de Naciones Unidas (PNUD) promueve programas para el desarrollo humano sustentable y administra una serie de fondos para fines especiales relacionados con el tema. Su involucramiento con los pueblos indígenas es amplio e incluye programas de pequeñas concesiones, así como programas regionales y nacionales. Tales programas se han centrado en la erradicación de la pobreza, la conservación del medio ambiente, la prevención y resolución de conflictos y la revitalización cultural. Además de otorgar un financiamiento concreto a los proyectos, PNUD también ha inaugurado foros a los que se ha invitado a pueblos indígenas

para discutir temas políticos, tales como las reuniones del Consejo Ejecutivo y la Comisión Asesora de la Organización para la Sociedad Civil.

El Programa de Conocimiento Indígena es otra importante iniciativa de PNUD. Sus objetivos son los siguientes: (i) participación de pueblos indígenas en conferencias y procesos internacionales de su interés, (ii) conservación del conocimiento indígena mediante el estudio de las leyes consuetudinarias y los derechos tradicionales sobre los recursos, y (iii) la distribución de fondos para iniciativas indígenas de autoayuda que aborden la reducción de la pobreza y la organización a nivel comunitario. Este programa aporta fondos a dos proyectos en Asia y uno en Sudamérica, pero su Comité Directivo aún no adopta una resolución sobre su futura implementación.

El Banco Mundial: La revisión de OP 4.20

El Banco Mundial (BIRF) ejerce una importante influencia en la elaboración de normas internacionales, sea llenado el vacío regulatorio de los países prestataarios, sea impulsando la implementación de lo que luego se transformará en normas convencionales. En 1982, el BIRF publicó su *Informe del Manual Operativo 2.34* (Operational Manual Statement 2.34), cuya finalidad consistía en proteger los intereses de los “grupos indígenas” en las intervenciones de desarrollo financiadas por el banco. En 1991, el BIRF publicó una versión corregida de *Instrucciones Operativas 4.20* (Operational Directive, OD), con la que pretendía ampliar su campo de acción desde la protección hacia la participación y la obtención de beneficios de los proyectos de desarrollo financiados por el banco.

El BIRF acaba de comprometer su participación en una amplia revisión de sus OD, lo que constituye un esfuerzo por clarificar sus políticas de protección de carácter obligatorio, lo cual en definitiva apunta a lograr una mayor observancia de las normas. Algunos plantean que la creación en 1993 del Panel de Inspección gatilló este proceso, considerando que sólo entonces las políticas de protección lograron su madurez y se transformaron en instrumentos exigibles. De todas maneras, la transformación de las ins-

trucciones en políticas permite el fortalecimiento de los derechos de personas que puedan verse afectadas por los proyectos de “desarrollo”; sin embargo, también deja espacios abiertos para que algunas garantías sean suprimidas, con lo cual se reduce el nivel de protección de personas, grupos y comunidades vulnerables.

El proceso de transformación de OD 4.20 en OP/BP 4.10 se ha estructurado sobre la base de consultas globales y regionales, cuya última ronda culmina el 15 de febrero de 2002. Posteriormente, BIRF comentará y revisará el borrador de OP/BP 4.10, con miras a presentar una versión final para su aprobación por parte del Consejo de Directores a principios de 2002.

A pesar de esta vinculación formal de BIRF con los actores pertinentes, el borrador de OP/BP 4.10 no incluye varias recomendaciones de gran importancia planteadas por pueblos indígenas en la primera ronda de consultas, entre las cuales puede mencionarse el derecho al previo consentimiento informado, la supervisión de los proyectos del Banco por parte de organizaciones indígenas, y exigencias de una “mitigación” ecuaníme. Entre las demás inquietudes referidas al nuevo borrador del documento normativo que los pueblos indígenas plantearon durante el proceso de consulta, se incluyen las siguientes:

- Poca claridad en las exigencias referidas a los asuntos de recursos y tierras indígenas.
- Las disposiciones que garantizan la protección legal ahora son opcionales y no obligatorias.
- Las disposiciones a favor de los pueblos afectados por las creación de zonas protegidas son confusas.
- Permite el reasentamiento involuntario de pueblos indígenas.
- No cumple con las actuales normas internacionales sobre derechos humanos.

Además, el Borrador de OP/BP 4.10 contiene disposiciones que abordan específicamente las actividades de la minería en tierras de pueblos indígenas. El párrafo correspondiente dice:

“14. Uso Comercial de Tierras y Recursos. Cuando los proyectos asistidos por el Banco implican la explotación de recursos naturales (incluyendo recursos forestales, minerales e hidrocarburos) con fines comerciales, en tierras que pertenecen o que tradicionalmente han sido utilizadas por grupos indígenas, el Prestatario:

(a) informa a estos grupos de los derechos que la legislación o el derecho consuetudinario les confiere sobre estos recursos; (b) les informa sobre los posibles impactos que tales proyectos podrían generar en sus medios de subsistencia, el medio ambiente y el uso de los recursos naturales; (c) consulta su opinión en una etapa inicial del proyecto de desarrollo y les otorga participación en las decisiones que los afectan; y (d) les ofrece oportunidades para obtener beneficios del proyecto.

Como en todo proyecto que afecta a grupos indígenas, los impactos adversos que recaen en ellos deben evitarse o reducirse al mínimo, y los beneficios deben ser apropiados en términos culturales.” (Traducción no oficial)

El nivel de protección que otorga el Borrador de OP/BP 4.10 a los pueblos indígenas sigue siendo objeto de cuestionamientos. Más aun, parece que algunas disposiciones, como el artículo 14, no cumplen con las normas vigentes sobre pertenencia de las tierras, ya que dicha disposición puede ser utilizada para justificar reasentamientos forzados de las comunidades indígenas desde sus tierras ancestrales, lo cual se produce a cambio de compensaciones inapropiadas por los daños y la pérdida de sus medios de subsistencia. Por último, las oportunidades para obtener beneficios del supuesto desarrollo pueden ser insignificantes si se les compara con las posibles pérdidas materiales y culturales.

Conclusión

Tal como lo señala esta breve reseña de la evolución de la teoría legal internacional y del surgimiento de las normas de derechos humanos, los pueblos indíge-

nas están en camino a recuperar su personalidad legal internacional. Existen todavía muchos temas sin resolver, entre los que se incluye la primordial interrogante que consiste en definir quién es indígena y quién no. Sin embargo, el derecho internacional contemporáneo está evolucionando hacia el reconocimiento del particular aporte que ofrece al mosaico cultural de la humanidad la relación única que tienen los pueblos indígenas con sus tierras. En el desafío por lograr un continuum naturaleza-humanidad, los pueblos indígenas tienen una multitud de narrativas que compartir.