

EL DERECHO AL TERRITORIO Y LA ESPIRITUALIDAD INDÍGENA

María Dolores NÚÑEZ ÁVILA*

Somos la tierra y la tierra es nosotros; tenemos una relación especial, espiritual y material con nuestras tierras y territorios, que están íntimamente unidos a nuestra supervivencia, y a la preservación y mayor desarrollo de nuestros sistemas de conocimiento y nuestras culturas, a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad y al manejo de los ecosistemas¹.

Sumario: I. Introducción. II. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho internacional: el derecho a la autodeterminación como base en el reconocimiento de los derechos indígenas. III. El derecho a la tierra: titularidad colectiva indígena. IV. La protección ambiental dentro de la cosmovisión indígena. V. El derecho a la consulta previa. VI. Conclusiones

Resumen: Los distintos enfrentamientos de pueblos indígenas, comunidades y defensores de derechos humanos frente a proyectos extractivos, ha implicado una reflexión sobre los distintos derechos y garantías que tienen estas poblaciones en el marco de un Estado de Derecho, ya que desde hace una más de una década se ha reconocido el avance en la reivindicación de sus derechos olvidados en el modelo del Estado Liberal, sin embargo, parece ser que en los últimos años la fiebre extractivista ha volcado a Estados a pasar por alto los derechos colectivos de estos pueblos en pos del interés público, la búsqueda del desarrollo nacional y la lucha contra la pobreza.

Fecha de recepción del original: 31 de mayo de 2017. Fecha de aceptación de la versión final 31 de julio de 2017.

* Estudiante de Doctorado en Derechos Humanos, Democracia, Justicia Internacional en la Universidad de Valencia, Investigadora asociada Universidad Andina Simón Bolívar (cede) Quito, Master en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, Master en Derecho de la Empresa, Abogada, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

¹ Declaración de Kimberley, Cumbre Internacional de los pueblos indígenas sobre desarrollo sostenible, Sudáfrica 2002.

Palabras clave: Derecho a la propiedad–Derecho a la consulta y participación–Industria extractiva– sobreexplotación de recursos.

Abstract: Several clashes between indigenous people, communities, and human rights defenders against extractive projects have involved a reflection on various rights and guarantees that these populations have within the state of law framework. Although the forgotten rights of indigenous people have had progress in the last decade in the liberal state model, it seems that in recent years the extractive fever has turned to states to overlook the collective these people right in the public interest, the pursuit of national development and the fight against poverty.

Key words: Right to property– Right to consultation and participation– Extractive industry– Over–exploitation of resources

I. Introducción

Las poblaciones indígenas son comunidades humanas de gran diversidad, su cultura es única, distinta y representa la mayor diversidad cultural del planeta (bio–cultura), a pesar de constituir una minoría numérica². Generalmente viven en ecosistemas frágiles que están amenazados por la creciente comercialización, y sobreexplotación de recursos naturales. A su vez, se caracterizan por mantener una estrecha relación e integración con el mundo natural y son reconocidos como los custodios de los territorios con la mayor diversidad biológica en el mundo.

No obstante, a pesar del avance en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos, actualmente son el centro de importantes intereses políticos, sociales y económicos³ e incluso se encuentran entre los grupos más vulnerables y empobrecidos, constituyendo así, 15% de los pobres en todo el mundo⁴, pese a que representan aproximadamente el 5% de la población total mundial⁵.

Por otro lado, el término indígena puede emplearse para hacer referencia a todos los sectores de la humanidad, con excepción de todos sus sectores transeúntes o migrantes, incluso las propias naciones europeas que propagaron el colonialismo son, en un sentido literal, indígenas de sus propias tierras de origen. Sin embargo,

² A. Gray, *Between the spice of life and the melting pot: biodiversity conservation and its impact on indigenous peoples*, IWGIA, Copenhagen 1991, p. 8.

³ F. Cabrero, *Los pueblos indígenas*, ed. UOC, Barcelona 2016, pp. 10 y ss.

⁴ ONU, *State of the worlds indigenous peoples*, Department of Economic and Social Affairs, ST/ESA/328, 2009.

⁵ Comisión Económica para América Latina, *Los Pueblos indígenas en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014, p. 44.

en el contexto del derecho e instituciones internacionales, el término indígena es sinónimo de “aborigen”, “autóctono” y “originario”, que se emplea para referirse a un sector de la humanidad que comparte una experiencia común de colonialismo histórico⁶.

Para el ex Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, S. James Anaya, el término “indígenas” se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros, por otro lado, los pueblos naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que nacieron de las fuerzas del imperio y la conquista, como es el caso de las diversas comunidades indias supervivientes en el continente americano, los Inuit y Aleut del Ártico, los pueblos aborígenes de Australia, Nueva Zelanda, los pueblos tribales de Asia y África, entre otros⁷.

Con respecto al concepto de “pueblo indígena”, no existe una definición universal aceptada por el derecho y las políticas internacionales, para evitar así la posible exclusión de beneficiarios, o también que se dé un mal uso de esta por parte de distintos actores estatales y civiles.

No obstante, el Convenio N°169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales (en adelante OIT) establece la diferencia entre “pueblos indígenas” y “pueblos tribales”; esta diferenciación se utiliza como definición de trabajo internacional para identificar a los pueblos indígenas e incluso en la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

Por lo tanto, de conformidad con el art. 1 del Convenio N° 169 de la OIT, los “pueblos indígenas” son aquellos que descienden de poblaciones que fueron conquistadas, colonizadas o pertenecen al país debido al establecimiento de actuales fronteras estatales y que independientemente de su situación jurídica conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. En tanto que los “pueblos tribales” se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional por sus condiciones sociales, culturales y económicas, encontrándose regidos de forma total o parcial por sus propias costumbres, tradiciones o en su defecto por una legislación especial⁸.

⁶ J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, ed. Trotta, Madrid 2005, p.26; R. Stavenhagen, “Los Derechos Indígenas: Nuevo enfoque del Sistema Internacional”, en *Nuevos enfoques para el estudio de las etnias indígenas en México*, Arturo (coord.), Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Humanidades, México 1991, pp. 425 y ss.

⁷ J. Anaya, “Los derechos de los pueblos indígenas”, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, en M. Berraondo (coord.), ed. Universidad de Deusto, Bilbao 2008, p. 30

⁸ Art. 1, numeral 1, literales a y b, *Convenio núm. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la Organización Internacional del Trabajo*, 1989.

De esta manera, la Organización Internacional del Trabajo en la guía sobre el Convenio N° 169 de 2009, considera que los elementos de pueblos tribales incluyen: 1) Condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional (por ejemplo, la forma de ganarse el sustento); 2) Tener tradiciones y costumbres o un reconocimiento legal especial. Mientras que los elementos de pueblos indígenas incluyen: 1) Continuidad histórica; 2) Conexión territorial; 3) Instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintas⁹.

En definitiva, podemos identificar a los pueblos indígenas a aquellos reconocidos por la comunidad internacional, como descendientes de poblaciones que habitaban esos territorios con anterioridad a la conquista o a la colonización y que con independencia de su situación jurídica mantienen sus instituciones propias y mantienen una conexión con el territorio¹⁰.

De acuerdo, con Bartolomé Clavero

“... son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de la población”.

En este aspecto, la conexión que tienen los pueblos indígenas con el territorio, es una de las claves que permiten identificar a estas poblaciones, ya que está investida de un carácter inmaterial tangencialmente opuesto con la sociedad dominante.

El modelo extractivo actual ha potenciado el aumento de conflictos socio ambientales, ya que en ciertos casos las actividades extractivas y de desarrollo son implementadas en tierras ocupadas históricamente por pueblos indígenas, generando cambios en patrones tradicionales de economía y ocasionando el desplazamiento de comunidades. Este problema empeora cuando en un territorio se realizan varias actividades extractivas a la vez.

En este sentido, existe una corresponsabilidad de los Estados, tanto de aquellos que explotan sus recursos, como de los que con sus empresas operan en otros países con proyectos extractivos. Aunque es preocupante que, en muchos países, los marcos institucionales y legislativos son débiles, situación que desequilibra el poder del Estado y los poderes existentes entre las compañías transnacionales y las instituciones del Estado. Por lo que, las negociaciones suelen beneficiar más a las compañías, que, al país en sí, debido a que el beneficio económico se enfrenta

⁹ OIT, *Guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales, 2009.

¹⁰ Por un lado, si bien el Convenio N° 169 de la OIT, es el único instrumento en el ámbito internacional que define a los pueblos indígenas y tribales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sirve como marco jurídico de protección a las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. Art. 27, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 1966.

a problemas de corrupción y captación de rentas, dentro de lo que conocemos como “la paradoja de la abundancia” o la “maldición de los recursos naturales”¹¹.

Es, en este sentido, el objeto de estudio de este artículo se basa en el análisis del derecho a la autodeterminación, el derecho a la tierra, la participación efectiva de los pueblos indígenas en el desarrollo sostenible del medio ambiente y, el derecho a la consulta previa como clave para el pleno ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas frente a actividades extractivas, constituyendo así, el punto de partida a la espiritualidad indígena y su interrelación el medio natural.

II. Los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho internacional: el derecho a la autodeterminación como base en el reconocimiento de los derechos indígenas

Para los pueblos indígenas, la etnia y la cultura son los puntos clave de la lucha por la tierra¹², por lo que, la protección del ambiente es un binomio indisoluble de la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Como afirma Gustavo Agredo, esto se debe a que los pueblos indígenas poseen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas¹³.

En el campo del derecho internacional existe una evolución en el reconocimiento los derechos de los pueblos indígenas, pasando así de una herramienta de conquista a una fuente de apoyo a la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, la jurista Rosalyn Higgins explica que

*“International law is not rules. It is a normative system (...) harnessed to the achievement of common values– values that speak to us all”*¹⁴.

Para Bartolomé Clavero, esto significa que tanto las fuentes formales del derecho internacional y los procedimientos que las aplican deben ser interpretadas al tenor de una serie de valores que nos llaman a todos y todas¹⁵.

¹¹J. Morales, *¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos*, Instituto Universitario e Desarrollo y Cooperación Universidad Complutense de Madrid, Universidad del País Vasco, Universidad de Murcia, Madrid 2012.

¹²P. Thornberry, “The Rights of Minorities and Indigenous Peoples”, *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Universidad de Deusto, Bilbao 1999, p. 178

¹³G. Agredo, “El territorio y su significado para los pueblos indígenas”, *Revista Luna Azul*, N° 23 (2006), p. 29

¹⁴R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York 1994, p.1

¹⁵En este aspecto el autor contrasta con la doctrina que sostiene que el derecho internacional consiste exclusivamente en lo que los Estados han acordado a través de textos escritos o consentidos por medio de pautas de comportamiento afianzadas.

Por lo que, el estudio del derecho internacional consiste en un análisis de procesos relacionados con normas y valores, que, en la interpretación de reglas jurídicas de manera aislada. En este aspecto, cuando se habla de un avance en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, se trata de una interpretación que va más allá de lo expresamente dicho o escrito¹⁶.

Durante mucho tiempo se consideró que la situación de los pueblos indígenas correspondía únicamente a los Estados en los que se encontraban, dejando a un lado la esfera del derecho internacional, sin embargo, en la actualidad este hecho ha cambiado, debido a que los derechos de los pueblos indígenas los encontramos reconocidos en distintos instrumentos internacionales de carácter universal, regional¹⁷ e incluso en la normativa interna de cada uno de los países en los que se encuentran.

Entre los instrumentos internacionales encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio 1948, la Convención de los Derechos del Niño de 1989. Sin embargo, en términos del Derecho Internacional ya establecido, el instrumento convencional más importante que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio N° 169 de la OIT, por el carácter vinculante de este instrumento que fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989¹⁸.

El Convenio No 169 de la OIT hasta la fecha ha sido ratificado por 22 Estados, al respecto, en el continente americano lo han ratificado países como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela; en Europa: España,

¹⁶ B. Clavero, *Los pueblos indígenas en el Derecho Internacional (...)*, op. cit, p. 28

¹⁷ Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con una serie de instrumentos que protegen una cantidad de derechos, incluidos derechos relativos a pueblos indígenas como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el año 2016 ha aprobado la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas. En el caso del Sistema Africano de Derechos Humanos los derechos de los pueblos indígenas los encontramos contenidos en la Carta Africana de derechos humanos y los pueblos, esta ha sido aplicada por la Comisión Africana de Derechos Humanos en casos como *Endorois vs Kenia* (2010) y *Ogoni vs Nigeria* (2001).

¹⁸ K. Abbott, D. Snidal, “Hard and soft law in international governance”, *International organization*, vol, 54 (2000), N°3, pp. 421–456.

Noruega y Países Bajos; en el continente africano lo ha ratificado únicamente la República Centroafricana y, finalmente en Asia: Fiji y Nepal¹⁹.

Paradójicamente, Andrew Gray señala que existen aproximadamente trescientos setenta millones de indígenas que habitan en el veinte por ciento del territorio de la tierra y representan aproximadamente un total de cinco mil culturas diferentes²⁰. Además, de los siete mil lenguajes actuales se estima que más de cuatro mil son practicados por pueblos indígenas que habitan en noventa países de los seis continentes del planeta²¹.

Esta realidad, sin duda, hace cuestionar a los Estados en los que habitan poblaciones indígenas que no han ratificado este instrumento de trascendental en materia de Derechos de los pueblos indígenas, como es en el caso del continente asiático ya que se estima que el 70% de los pueblos indígenas viven en Asia²². Sin embargo, este instrumento ha sido de gran relevancia para Latinoamérica, ya que luego de su ratificación produjo efectos jurídicos inmediatos en casi todo el sistema constitucional, destacándose al respecto las Constituciones de Bolivia y Ecuador²³.

El Convenio N° 169 de la OIT representa un cambio de paradigma de las políticas comunitarias mundiales reflejada en el Convenio N° 107 de la OIT de 1957, constituyendo así, un cambio de dirección que pasa de promover “la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias”, a reconocer

“... las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los estados donde viven”²⁴.

¹⁹ OIT, Ratificación del C169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169), Disponible en <http://www.ilo.org/>, en fecha 10/06/2017.

²⁰ ONU, *State of the world's indigenous peoples*, Department of Economic and Social Affairs, ST/ESA/328, New York 2009, p. 1

Permanent Forum on Indigenous Issues, *Report on the first session*, 12–24 May 2002, E/ 2002/43

²¹ A. Gray, *Between the spice of life and the melting pot: Biodiversity conservation and its impact on Indigenous peoples*, IWGIA, Copenhagen 1991, p.8

²² A pesar de las referencias a las poblaciones indígenas en los textos anteriores y en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo de 1957, los pueblos indígenas en el Derecho Internacional empiezan un proceso específico a partir de 1970. Foro Permanente De Las Naciones Unidas Para Las Cuestiones Indígenas, “Notas de Antecedentes”, *Los pueblos indígenas en sus propias voces: los pueblos indígenas en Asia*, 13° período de sesiones del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, 2014.

²³ En América Latina se han realizado distintas reformas constitucionales en materia de reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre el territorio, siendo pionera en el continente Nicaragua con su reforma de 1986.

²⁴ J. Anaya, “Los derechos de los pueblos indígenas”, *Pueblos indígenas y derechos humanos*, (...) op cit, p. 33.

Este cambio de dirección sin duda busca reivindicar la identidad cultural y la integridad cultural de los pueblos indígenas sobre los derechos a la tierra y los recursos que se encuentran en ella en una esfera de no discriminación y bienestar social.

Magdalena Gómez, señala que el Convenio No 169 de la OIT implica un avance importante debido a que mediante este instrumento se asumen conceptos básicos relativos al ámbito de los derechos colectivos frente a la hegemonía de los derechos individuales²⁵.

En este punto, es importante hacer un hincapié en el aporte que han hecho los pueblos indígenas en el campo del derecho internacional de los derechos humanos con respecto al concepto de los derechos colectivos, teniendo en cuenta que los reconocimientos de estos derechos responden a propuestas hechas por los distintos pueblos y comunidades indígenas en base a su cosmovisión ancestral y su concepción de propiedad colectiva del territorio en el que habitan o ejercen su identidad cultural.

James Anaya señala, que si bien el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas cuestiona algunos aspectos fundamentales del modelo de primacía y exclusividad de la autoridad estatal, específicamente del “sistema clásico de derechos individuales”, casos presentados ante organismos competentes tanto de Naciones Unidas y en el caso Americano en la OEA, han dado pie a que distintos Estados sean cuestionados sobre sus programas de explotación de recursos naturales y en relación al ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas²⁶. Lo que demuestra, que no significa que el principio de soberanía estatal no exista en el derecho internacional, sino que es un principio que se adapta a la protección de los derechos humanos.

De esta manera, los pueblos indígenas de manera evidente han influenciado en el desarrollo del derecho internacional, aprovechando espacios abiertos en este sistema como es el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones indígenas (que posteriormente fue sustituido por el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas) y el Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas²⁷, permitiendo así dar a conocer a la comunidad internacional sus

²⁵ M. Gómez, “Derecho indígena y constitucionalidad”, *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio de Derecho*, en E. Krotz (coord), ed Antropos, México 2002, p. 237.

²⁶ J. Anaya, “La Globalización, El Derecho Internacional y los Pueblos Indígenas: evolución y perspectivas”, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, IWGIA, Tomuco 2008, pp.41–24.

²⁷ No se puede dejar a un lado el trabajo del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas de la ONU, el cual es un experto independiente, que realiza distintos informes sobre violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales sufridas por pueblos indígenas, realizando recomendaciones y propuestas para prevenir y remediar dichas violaciones.

demandas²⁸. Este proceso ha implicado un avance evidente pero aun no suficiente ya que existen graves violaciones a los derechos de los pueblos indígenas relacionadas en materia de extracción de recursos naturales en sus territorios por empresas transnacionales y bajo el visto bueno de los Estados²⁹.

Los Derechos Colectivos de los pueblos indígenas también los encontramos reconocidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007³⁰ (en adelante Declaración de los pueblos indígenas). Este instrumento responde a nuevos enfoques, respecto de cuestiones mundiales como: el desarrollo, la descentralización y la democracia multicultural; para lograr el pleno respeto de la diversidad y la inclusión de estos pueblos por parte de los Estados fomentando su participación y generando alianzas.

Para Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen, la Declaración de los pueblos indígenas es el instrumento internacional actual más completo y avanzado sobre los derechos de los pueblos indígenas, ya que cubre toda la gama de derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, además reconoce los derechos de los pueblos indígenas como inherentes. Es innovadora por que expresa los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas lo que no hace por ejemplo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías. La Declaración no solo profundiza en estos derechos, sino que también impone obligaciones a los estados y a las organizaciones internacionales y los organismos intergubernamentales³¹.

La principal diferencia entre el Convenio No169 de la OIT y la Declaración³² es que en su negociación se contó con la participación de los pueblos indígenas a diferencia del Convenio N° 169 de la OIT. Por otro lado, aunque la Declaración de los pueblos indígenas de la ONU no tiene fuerza jurídica obligatoria, no obstante, tiene un valor de recomendación para los Estados y representa un

²⁸ Cfr. A. Willemsen Diaz, "Primera parte: Los comienzos", *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la declaración de la Onu sobre pueblos indígenas*, en C. Charters, R. Stavenhagen (ed.), IWGIA, Copenhague 2010, pp. 16–81

²⁹ K. Wessendorf, A. Parellada, P. Leiva, el alt, *El mundo indígena: La declaración–10 años*, en K. Broch, K. Jepsen (ed.), IWGIA, Copenhage 2017, p. 16

³⁰ En julio del año 2006 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en septiembre de 2007 la Asamblea General de la ONU adoptó, con el voto favorable de 144 Estados miembros (incluyendo el de Chile), el voto en contra de 4 Estados miembros y 11 abstenciones, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³¹ C. Charters, R. Stavenhagen, *El desafío de la Declaración: Historia y futuro de la ONU sobre los pueblos indígenas*, IWGIA, Copenhague 2010, p. 10–13

³² Otra diferencia es el número de países que han adoptado la Declaración que son mayores a los del Convenio 169 de la OT. Es importante conocer que, desde la aprobación de la Declaración Australia, Nueva Zelanda, Colombia, Samoa, Canadá y los Estados Unidos de Norte América, han revertido su decisión y se han adherido a esta Declaración. Consultado en línea en Division for Social Policy and Development Pueblos indígenas, en <https://www.un.org/> en fecha 27 de junio de 2017.

compromiso de los Estados para avanzar en el respeto de la dignidad de los pueblos indígenas³³.

Por lo que, si bien se trata de un instrumento jurídico no vinculante, esto no excluye el hecho de que las prescripciones de sus componentes individuales puedan convertirse en vinculantes, e incluso pueden llegar a categorizarse como prescripciones que reflejan o generan normas de derecho internacional consuetudinario. Además, las diferentes instituciones internacionales pueden utilizar esta Declaración como referente informativo para evaluar el comportamiento de los Estados³⁴.

En el caso del Convenio No 169 de la OIT contiene 44 artículos, los cuales se encuentran distribuidos en diez partes, de las cuales son destacables al respecto de este artículo la parte segunda con respecto a las “Tierras”. En este segmento del Convenio es muy importante porque reconoce el derecho a la auto determinación, el derecho de los pueblos indígenas al territorio y la especial relación que mantienen con el mismo, definiendo y diferenciado los conceptos de tierras y territorios. Además, considera como regla general el no desplazamiento forzado de los pueblos indígenas de sus territorios salvo caso contrario expresamente establecido en el Convenio y dejando la posibilidad de regresar a sus tierras en cuanto deje de existir la causa motivo del traslado³⁵.

Por otro lado, en materia de territorios establece el deber de los Estados a la consulta de los pueblos en caso de enajenación de tierras o transmisión fuera de su comunidad y, la penalización de cualquier incursión no permitida por terceros en territorio indígena³⁶.

Además, en la parte primera del Convenio establece el derecho a la consulta y los derechos sobre los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 6), el art. 7 establece una serie derechos y garantías para los pueblos indígenas y de obligaciones hacia los Estados como agentes de protección aplicables en contextos extractivos.

³³ United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues, “Frequently asked questions Declaration on the Rights of Indigenous peoples”, *Indigenous peoples Indigenous voices*, New York 2007.

³⁴ J. Anaya, S. Wiessner, “The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Reempowerment”, *Juris*, University of Pittsburgh School of law, Pittsburgh (2007).

³⁵ Art. 16. 2 Convenio N° 169 de la OIT, 1989: establece como excepción a la regla de no traslado del territorio indígena salvo “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”. Sin embargo, a continuación, el Convenio reconoce que para que pueda ser llevado a cabo este acto se debe cumplir con el procedimiento establecido por la legislación nacional, en los que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados Arts. 13, 14, 15 y 16, Convenio No 169 OIT, 1989.

³⁶ Arts. 17 y 18, Convenio No 169 OIT, 1989.

El apartado primero del art. 7 establece el derecho a decidir sobre sus prioridades con referencia al proceso de desarrollo, en la medida que esta afecte “sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual (...)”, además tienen el derecho de controlar “en la medida posible”, su propio desarrollo, económico, social y cultural. Estableciendo el deber de participación tanto en: 1. La formulación, aplicación y, evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente³⁷. En este sentido, los Estados como agentes de protección deben asegurar el reconocimiento y protección jurídica de las tierras, territorios y recursos, con la participación de los pueblos indígenas en reconocimiento de las costumbres, tradiciones y creencias³⁸. Por lo que, los Estados de acuerdo con el Art. 2 del Convenio 169 de la OIT deben establecer medidas que aseguren los derechos de los pueblos en igualdad de condiciones en promoción efectiva de los derechos sociales, económicos y culturales en respeto de su “identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones”, buscando así eliminar las diferencias socioeconómicas y las brechas sociales existentes.

En esta línea la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad Cultural de 2001 expresamente considera que

“la defensa de la diversidad cultural es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana (...) Nadie puede invocar la diversidad cultural para vulnerar los derechos humanos garantizados por el derecho internacional (...)”³⁹.

En este sentido, comprendemos que la diversidad cultural implica en el caso de los pueblos indígenas el pleno respeto de la autodeterminación—libre determinación de los pueblos indígenas, por lo que, para James Anaya, ninguna consideración acerca de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional sería completa sin el principio de auto determinación; gracias a este principio se han roto con legados de imperialismo, discriminación, supresión democrática y subyugación cultural, ya que se encuentra vinculado a un conjunto

³⁷ Este apartado establece el derecho a la participación efectiva de los pueblos indígenas mediante la consulta previa, libre e informada, entendiéndose que esta garantía se relaciona con su forma de vida y toda medida que pueda impactar en la misma, no solamente desde un aspecto de “supervivencia”, sino en su forma tradicional, cultural, espiritual y ancestral de vida. Por lo que, es deber de los gobiernos velar en contar en la creación de estudios en cooperación con los pueblos interesados—afectados. Estos estudios deben velar el impacto social, espiritual y cultural sobre el medio ambiente, como también el tomar medidas para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan Artículos 7.3 y 7.4, OIT, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, N° 169, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo septuagésima, de 7 de junio de 1989.

³⁸ Art. 26 ONU, Declaración sobre los derechos de los pueblos Indígenas, Resolución de la Asamblea General 61/178, de 20 de diciembre de 2006.

³⁹ Art. 4, Declaración de la Unesco sobre la diversidad cultural, 2002.

de normas de derechos derivados de valores fundamentales de libertad e igualdad⁴⁰.

Es por esta razón, que él considera que, en caso de la Declaración de la ONU sobre los pueblos indígenas, apunta a reparar las consecuencias actuales de la denegación histórica a este derecho⁴¹, considerando así, el derecho a la autodeterminación como

“... el derecho de los pueblos indígenas y de sus miembros a participar, en condiciones de libertad e igualdad, en la creación de las instituciones de los estados en los que viven y desenvolverse en un marco político que les permita tener un control permanente sobre sus propios destinos”⁴².

Martínez Cobo, considera que

“... *self-determination, in its many forms, must be recognized as the basic precondition for the enjoyment by indigenous peoples of their fundamental rights and the determination of their own future*”⁴³.

Si bien son ciertas estas afirmaciones también es importante en materia de derechos de los pueblos indígenas entender que el ejercicio de este derecho complementa el ejercicio de otros derechos como es el caso del derecho a la tierra⁴⁴.

De este concepto podemos interpretar que en el marco del derecho internacional de los derechos humanos con respecto al principio de la autodeterminación o libre determinación contenida tanto en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU de los pueblos indígenas existen condiciones mínimas o principios básicos para el ejercicio de este derecho como es el principio de no discriminación⁴⁵, integridad cultural, desarrollo y bienestar social y el derecho a tierras y recursos naturales, que será tratado en el siguiente punto.

⁴⁰ J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional (...)* op.cit pp. 135– 150

⁴¹ J. Anaya, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*, UN, Doc. A/HCR/9/9, 11 de agosto de 2008, par. 36

⁴² J. Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional (...)* op.cit p. 169.

⁴³ J. Martínez Cobo, “Chapter XXI–XXII: Conclusions, proposals and recommendations”, *Study of the problem of discrimination against Indigenous populations*, DOC UN. E/ CN. 4 / Sub. 2/1983/2 Add. 8, párr. 580

⁴⁴ Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas, *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas*, folleto informativo No 9 /Rev, New York y Ginebra 2013, p.5

⁴⁵ En relación sobre el principio de no discriminación lo encontramos reconocido en varios instrumentos internacionales como en la Carta de Naciones Unidas (Artículo 1), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Arts. 1 y 2), la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, en la Convención de la ONU para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en el caso del Sistema Interamericano en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 24), en la Declaración Americana de los

III. El derecho a la tierra: titularidad colectiva indígena

La base del ejercicio de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas descansa sobre la relación especial que mantienen con la tierra, que es su medio de vida y sustento, recordemos que este derecho es uno de los principales elementos para el ejercicio del derecho de autodeterminación.

En palabras del primer Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen⁴⁶ la relación que tienen estos pueblos con la tierra “implica su existencia misma como comunidades territoriales identificables”, por lo que, según Swepston la pérdida de las tierras ancestrales por parte de las poblaciones indígenas trae consigo la desintegración de cultural⁴⁷.

Esto implica que el derecho a poseer, ocupar y utilizar la tierra es inherente a la idea de sí mismos como pueblos indígenas, esta característica conlleva a la imposibilidad de separar la relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios. Desde una perspectiva occidental es difícil comprender la “relación especial” que mantienen con la tierra ya que no solo existe interrelación física sino espiritual, incluso la consideran fuente de vida y de muerte⁴⁸.

El ejercicio de esta cosmovisión que se traduce a una forma de vida, se ve amenazada actualmente por el modelo extractivo dominante que pondera la búsqueda de desarrollo nacional sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas⁴⁹, en este aspecto el Grupo de Internacional de Trabajo sobre asuntos

derechos y los deberes del Hombre (Art. 2). En el Sistema Europeo de derechos Humanos el principio de no discriminación o prohibición de discriminación lo encontramos contemplado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Sistema Africano de protección de los derechos Humanos encontramos este principio ampliamente reconocido en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos (Art. 19) Este principio en el caso de los pueblos indígenas es fundamental para el pleno ejercicio de sus derechos, e incluso forjó el punto de partida sobre la creación de los distintos instrumentos internacionales de protección de los pueblos indígenas e incluso está contemplado en el derecho internacional consuetudinario en el cual los Estados se ven obligados a no promover o tolerar la discriminación racial sistemática.

R. Lillich, “Civil Rigths”, *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, en T. MERON (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 133 y 151

⁴⁶ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, R. Stavenhagen, presentado de conformidad con la Resolución No. 2002/65 de la Comisión, 2003, p. 15.

⁴⁷ L. Swepson, “*A new step in the international la won indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989*”, *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, No 3, 1990, pp. 677–716.

⁴⁸ La relación estrecha que los pueblos y comunidades indígenas mantienen con la tierra es la base de la identidad cultural y espiritualidad de estos pueblos, además esta concepción difiere del tradicional concepto de posesión y dominio del Derecho Civil, sino implica una fusión material y espiritual contenido en la cosmovisión indígena ancestral.

⁴⁹ E. Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, (E/CN.4/Sub.2/ 2001/ 21/ par. 13

indígenas alertó que tanto en América Latina, África, Asia, Europa, América del Norte y Rusia la extracción de recursos ha implicado un impacto catastrófico sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras, recursos, medio ambiente sano y al ejercicio de la cultural, este hecho ha producido en todas las regiones conflictos, protestas y serias acusaciones de violaciones flagrantes a los derechos humanos de estos pueblos⁵⁰.

Sin embargo, esta realidad no es reciente, ya que este conflicto parte desde la época de la conquista, colonización de quienes invadieron los territorios indígenas, trayendo consigo un modelo de propiedad privada individual basada ya sea en las normas del derecho romano o en el “common law”, contraria a la concepción colectiva de propiedad indígena y la espiritualidad que rodea a la relación del ser humano con la tierra, considerando así a la naturaleza como sagrada, por lo que, no es enajenable, ni rentable⁵¹.

En este aspecto, el debate abierto en la comunidad internacional sobre los impactos negativos que ha implicado las actividades extractivas en territorio indígena pone en duda la actuación de los distintos Estados como agentes de protección derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, ya que según el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales solo en el 2012 recibió 40 comunicaciones que sobre los efectos de las actividades extractivas sobre las comunidades, de las cuales el 25% se referían específicamente de pueblos indígenas tanto en Asia y América Latina⁵².

En 2013 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que en ocasiones los proyectos o concesiones se superponen casi a la integridad del territorio ancestral y son autorizadas en contravención de la concepción de desarrollo propia de estos pueblos⁵³. En 2014 la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CELAC) alertó sobre la irrupción de más

⁵⁰ K. Wessendorf, A. Parellada, P. Leiva, el alt, *El mundo indígena: La declaración–10 años (...)*, p. 17.

⁵¹ H. Salinas, “Las Poblaciones Indígenas en el Derecho Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, 1986 p. 514

⁵² Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, Consejo de Derechos Humanos 23º período de sesiones, A/HRC/23/32, pár. 13

⁵³ Es el caso de la denuncia del presidente de la Nacionalidad Achuar del Ecuador que indicó en el 2013, que los bloques XI de la ronda petrolera abarcan el 100% del territorio de su pueblo y que existe el rechazo manifiesto a la explotación petrolera. También este es el caso de la Comunidad Campesina de Kañaris de Perú, quien ha indicado que aproximadamente el 90% del territorio estaría superpuesto con concesiones mineras de diversa escala que no han sido consultadas, ni consentidas CIDH. *Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador*, 149º Período de Sesiones, 28 de octubre de 2013; CIDH. *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, 153º Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014.

de 200 conflictos en territorios indígenas de América Latina entre 2010 y 2013⁵⁴.

En este marco en 2011 la ONU aprobó de forma unánime los principios Rectores sobre las Empresas y los Recursos Humanos⁵⁵, estos principios de acuerdo con Presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y Derechos Humanos Pavel Sulyandziga, a más de tener carácter “voluntario” proporcionan directrices autorizadas en cuanto a la aplicación de normas internacionales de derechos humanos existentes en relación a perjuicios provocados por el sector empresarial⁵⁶. Estos principios rectores cobran importancia en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y en específico con su derecho al territorio, estableciendo así⁵⁷:

1. La obligación de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;

2. La Responsabilidad de las Empresas en el Respeto de los Derechos Humanos

3. La Necesidad de que los derechos y obligaciones estén acompañados de recursos adecuados y efectivos en caso de incumplimiento, siendo deber de los Estados el establecer mecanismos de reparación en el caso de abusos o violaciones al territorio o jurisdicción de los afectados (será abordado más adelante).

En el caso de la obligación de los Estados de respetar los derechos de los pueblos indígenas, ha abierto el debate de la comunidad internacional sobre la responsabilidad no solamente de los Estados de destino de las actividades extractivas, sino de los Estados origen de las distintas empresas. Si bien esto es un efecto de la globalización no se puede desatender las distintas obligaciones que tienen los Estados.

En este sentido la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas considera que, si bien los Estados no son en sí mismos responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes privados, pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales en el campo de los derechos humanos cuando no adopten medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados. Y por otro lado, aunque actualmente las normas

⁵⁴ CEPAL, *Mas de 200 Conflictos en tierras indígenas de Latinoamérica*, CEPAL, México 2014.

⁵⁵ Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04, 2011, pp. 3 y 4

⁵⁶ Pavel Sulyandziga, presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Foro de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2016, “Declaraciones iniciales” 14 de noviembre de 2016.

⁵⁷ Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04, 2011.

internacionales de derechos humanos no exigen generalmente que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las empresas domiciliadas en su territoriales, tampoco lo prohíbe, siempre y cuando exista una base jurisdiccional reconocida⁵⁸.

Pese a los esfuerzos encaminados a aplicar los Principios Rectores, la protección otorgada a los Acuerdos internacionales de inversión, para la Relatora Especial de la ONU sobre pueblos indígenas, Victoria Taulí Corpuz estos acuerdos ofrecen protección jurídica a los inversores de los “Estados de origen” en relación con sus inversiones en los “Estados de destino o receptores”⁵⁹. Además, de estos acuerdos se ven beneficiados los inversores extranjeros y empresas transnacionales, esto en la práctica y en relación a los derechos de los pueblos indígenas al territorio tiene efectos negativos⁶⁰ ya que se excluye a estos pueblos de los procesos de redacción, negociación y aprobación de acuerdos, como también en la solución de controversia⁶¹; generando así, ciertas repercusiones que se manifiestan en la subordinación de los derechos de los pueblos indígenas a las disposiciones de los inversores, como consecuencia del denominado “enfriamiento regulatorio”⁶².

En este sentido, vemos que los Estados receptores tienen dos tipos de obligaciones en el campo internacional. Por un lado, el cumplimiento de los Acuerdos internacionales de inversión, ya que su incumplimiento es objeto de recurso⁶³, por lo general contra Estados con una población significativa de pueblos indígenas. Por otro lado, cumplir con los distintos compromisos internacionales

⁵⁸ Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04, 2011, pp. 3 y 4

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2016.

⁶⁰ Tal es el Caso Burlington Resources Inc vs Ecuador (2010), el Caso Chevron vs. Ecuador (2014), el Caso Von Pezold y Border Timbers vs. Zimbawe (2015), el Caso de Glamis Gold vs. EE UU (2009), el Caso South American Silver Mining vs. el Estado Plurinacional de Bolivia, entre otros.

⁶¹ En este sentido el Caso Von Pezold y Border Timbers vs. Zimbawe (2015) es importante ya que pese al amicus curie presentado por los pueblos afectados, el tribunal consideró que no tenían independencia y alegar la no competencia sobre la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas ya que los derechos humanos son una cuestión que escapa del alcance de la controversia.

⁶² R. Polanco, “Two Worlds Apart: The changing Features of International Investment Agreements in Latin America / Dos mundos aparte: las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina”, *International Investment Law in Latin America/ Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, ed. Brill Nijhoff, Boston 2016, pp. 68 y ss.

⁶³ Como señala la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante UNCTAD), la cancelación, revocación o denegación de licencias, son frecuentemente objeto de recurso, y aproximadamente un 30% de los arreglos conciernen a las industrias extractivas y energéticas que suponen la mayor parte de las nuevas inversiones indígenas. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), “Recent trends in international investment agreements and investor–State disputes”, Acuerdo internacional de inversión: documento temático (febrero de 2015).

en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En este punto, es importante citar nuevamente a la actual Relatora Especial de la ONU sobre pueblos indígenas Victoria Taulí Corpus, ya que especifica que “*los derechos territoriales y de propiedad de los pueblos indígenas son de naturaleza sui generis(...) Estos derechos colectivos existen independientemente de los títulos de propiedad del Estado*”.⁶⁴ Por consiguiente, no se puede justificar el desarrollo nacional como base para una actuación no consentida que vulnere los derechos territoriales y culturales de los pueblos indígenas.

En este sentido, el ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas tiene relación con el derecho a la libertad religiosa, debido a la interrelación con el medio ambiente, lo que hace a estos derechos propios de su género. Cuando se trata de una definición de “tierras y territorios”, el Convenio 169 de la OIT incluye al territorio dentro de la concepción de la tierra, por lo que, el territorio es la totalidad del hábitat de las regiones de los pueblos que lo habitan (Art. 13. 3)⁶⁵. Esta relación espiritual es reconocida en el art. 25 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas que reconoce que “*los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios (...)*”⁶⁶. De este modo, la relación espiritual con la tierra es el eje central de la titularidad colectiva, por otro lado, la concepción económica tradicional sobre la unidad de la tierra busca dividirla o parcelarla para familias o individuos, sin embargo, en el marco de la identidad indígena el uso de esta se limita a la comunidad desde una perspectiva de “propiedad colectiva”⁶⁷.

De esta manera, este derecho incluye preceptos básicos referentes a la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y del derecho a la tierra, los territorios y los recursos naturales de los pueblos indígenas y tribales⁶⁸.

El derecho al territorio lo encontramos contemplado en distintos instrumentos regionales de protección de derechos humanos: el Caso Americano tanto la

⁶⁴ Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2016, párr. 16

⁶⁵ Este concepto es ampliado por la CIDH en la Sentencia Relativa al Pueblo Saramaka vs. Surinam que concibe al territorio como la unidad entre la tierra y recursos naturales y, es el territorio que pertenece de manera colectiva y las tierras las que se encuentran divididas para los distintos clanes Saramak Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008.

⁶⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Decisión 2(54) sobre Australia, 1999, párr. 82.

⁶⁷ Arts. 26, 27, 28, 29 declaración pueblos indígenas.

⁶⁸ CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009, párrs. 5 y 176.

Convención Americana como la Declaración Americana se basan en el principio de igualdad y no discriminación⁶⁹. En el caso aplicado en el reconocimiento de los derechos territoriales de estos pueblos, los Estados parte violan este principio al no establecer mecanismos necesarios para aclarar y proteger el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas, ya que no brindan las protecciones necesarias para ejercer su derecho de propiedad colectiva, ponderando la protección de la propiedad privada⁷⁰.

A instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han llegado denuncias de violaciones de derechos humanos a los pueblos indígenas ocasionadas por la actividad extractiva cuyos efectos negativos son generalmente la disminución de la cantidad y la calidad de fuentes de agua, el empobrecimiento de suelos agrícolas, la alteración de los sistemas de producción propios, la disminución de la pesca, fauna y flora, entre otro se identifica que este problema en la región se debe a que los Estados limitan las obligaciones de protección del territorio indígena a las tierras que cuentan con cierto tipo de reconocimiento formal, requisito para incluso aplicar los mecanismos de consulta establecidos por el derecho internacional⁷¹.

No obstante, en este sentido es importante reconocer el trabajo de la Corte Interamericana de derechos humanos en la evolución de este concepto, en el caso de la Comunidad Indígena Xakmok Káser contra Paraguay, la Corte consideró que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efecto equivalente al título pleno de dominio que otorga el Estado, por lo que los pueblos indígenas tenían derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro⁷². En la Sentencia de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay se reconoció que no es necesaria la posesión, ni es requisito indispensable para la recuperación del territorio e incluso este derecho se encuentra indefinido en el tiempo⁷³, es decir, ya que el vínculo que tienen los pueblos indígenas con los

⁶⁹ Art. 1.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969

⁷⁰ CIDH, “Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)”, *Informe No. 40/04*, 12 de octubre de 2004, párr. 155.

CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. OEA/Ser.L/V/II.Doc.56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 61.

⁷¹ CIDH, Informe Pueblos Indígenas Comunidades afrodescendientes Industrias extractivas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, de 31 de diciembre del 2015, párr. 250 – 254

⁷² Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 109.

⁷³ A diferencia de la Sentencia del Pueblo Kichwa Sarayaku vs Ecuador, quienes tenían el título de dominio de sus territorios conferido por el estado previo al contrato de participación con la compañía argentina CGC

territorios es único en su género el derecho a recuperarlo permanece en el tiempo siempre que exista esta relación⁷⁴.

Estas dos sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, nos dan una perspectiva del alcance del derecho a la tierra y la espiritualidad indígena, sin embargo, como régimen comparado, es importante la situación del derecho a la tierra de las poblaciones indígenas en el continente asiático, ya que como anteriormente se señaló pese a que en esta región existe la mayor cantidad de poblaciones indígenas en el mundo, existen Estados que no reconocen a estos pueblos. Al igual que en otras latitudes los pueblos indígenas se ven con frecuencia desplazados de sus territorios y son desposeídos de sus tierras y recursos debido a las distintas actividades extractivas.

En este sentido, es importante analizar la decisión del Tribunal Constitucional de Indonesia del mayo de 2013 que marca un hito en este tema, ya que considera que los bosques tradicionales ya no son bosques estatales, reconociendo así el derecho de los pueblos indígenas a explotar las tierras en las que viven⁷⁵. En este sentido, hace una distinción entre bosques consuetudinarios y bosques estatales, el actual problema que ha sido objeto de crítica por el Grupo Internacional de Trabajo sobre asuntos indígenas, se relaciona con el Decreto del Ministerio de bosques, que no reconoce a los pueblos indígenas como sujetos legales de este Decreto, e incluso establece condiciones para la determinación de la existencia de los pueblos indígenas, lo cual sobrepasa su competencia, llegándose a considerar un Decreto Inconstitucional⁷⁶.

A nivel africano la Carta Africana de Derechos Humanos y los Pueblos protege los derechos colectivos de los pueblos (Arts. 19 a 24). Con respecto al derecho al territorio indígena el art. 14 de la Carta Africana de derechos humanos establece “Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas”. En este sentido, la Comisión Africana de Derechos humanos ha interpretado que este artículo tiene alcance sobre la protección tanto de la propiedad privada de la tierra como de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, por lo que, la existencia de un título de dominio no son condiciones necesarias para el reconocimiento de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrs. 127, 128, 171 y 172.

⁷⁵ The Constitutional Court Ruling Number 35/PUU-X/2012 on Review of Law Number 41 of 1999 concerning Forestry (*Keputusan Mahkamah Konstitusi nomor 35/PUU-X/2012 tentang revisi Undang-Undang Kehutanan nomor 41 Tahun 1999*), 16 May 2013.

⁷⁶ Christian Erni y Christina Nilsson, “Indonesia”, *el Mundo Indígena*, en Caecilie Mikkelsen (ed.), IWGIA, Copenhagen 2014, pp. 285 – ss.

Por otro lado, es importante la decisión tomada por la Comisión Africana con respecto al caso pueblo Ogoni en Nigeria en 2001⁷⁷, ya que determinó que el gobierno de Nigeria violó el art. 21 de la Carta Africana, en relación del derecho de un pueblo a disponer libremente de los recursos ya que no se encontró en la toma de decisiones con respecto de la explotación de petróleo en su territorio, afectando así esta actividad, a la salud de las comunidades y a un medio ambiente sano. Como también el caso de los *pueblos endorios vs Kenia*, que luego de ser expulsados de sus tierras ancestrales, fueron reubicados ocasionando la muerte de sus animales e incluso impidiendo que practiquen su religión y cultura al no tener acceso a sus tierras de origen.

Por lo que, la Comisión consideró que el gobierno de Kenia violó el art. 8 y 17 con respecto al derecho a la religión, ya que los Endorois fueron privados del ejercicio de este derecho, debido a la estrecha relación que mantienen con la tierra tradicional de sus ancestros, como tampoco, pudieron ser capaces de ejercer su cultura. Es muy importante la observación de la Comisión al tratar el interés general para justificar este tipo de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas en este aspecto considera que

“... la Comisión Africana está de acuerdo en que el Estado demandando no solo ha negado a la comunidad Endorois todo derecho legal en sus tierras ancestrales, convirtiendo sus derechos de propiedad en esencialmente ilusorios, sino que no puede justificar tal interferencia con una referencia al “interés general de la comunidad” o a la “necesidad pública”⁷⁸.

En este sentido, vemos el marco normativo de protección con respecto al derecho del territorio, junto con las distintas interpretaciones que hacen a estos instrumentos los distintos órganos de decisión nos permiten entender la evolución de este derecho, lo complejo del mismo ya que hablamos de derechos *sui generis* y sobre todo de la importancia del ejercicio y el reconocimiento de la espiritualidad indígena en el ejercicio de la auto determinación de los pueblos como un derecho que complementa el derecho al territorio indígena.

IV. La protección ambiental dentro de la cosmovisión indígena

Luego de comprender la implicación de la espiritualidad indígena con la tierra y el territorio es importante analizar en este artículo la importancia de la preservación del medio natural para la cosmovisión indígena. En este sentido, la protección ambiental implicaría el núcleo mismo de la espiritualidad indígena y

⁷⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Ogoni vs Nigeria*, Comunicación No 155/96, Decisión del 27 de mayo del 2002

⁷⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Ogoni vs Nigeria*, Comunicación No 155/96, Decisión del 27 de mayo del 2002

es conocido que los pueblos indígenas se los considera como “los guardianes de la naturaleza”⁷⁹.

Esta denominación la explica con mayor especificidad el dirigente y defensor indígena Lorenzo Muelas Hurtado, manifestando que

“... la naturaleza es de los dioses, que nosotros somos tan sólo sus guardianes y administradores, y que la tierra es nuestra madre por lo que no es posible pensar en explotarla o negociar con ella. Por el contrario, le tenemos un gran aprecio y respeto, y siempre tratamos de que nuestra relación con ella nunca viole su integridad, sino más bien asegure ese delicado equilibrio que debe existir entre todos”⁸⁰.

Es así, que la relación que tiene los pueblos indígenas con la naturaleza se basa en un modelo conservacionista integral, que busca el desarrollo sostenible del medio ambiente, y el disfrute del medio natural para las futuras generaciones. En este contexto el activista indígena peruano Evaristo Nugkuag Ikanam señala que

“... nuestro desarrollo es desarrollo de todo un pueblo, con consideración a su futuro, no un futuro de 5 años que dura un gobierno o un proyecto, sino un futuro de pueblos que existen desde los primeros tiempos. Nuestro desarrollo es para compartir y no para dominar. Es para mantener nuestro mundo y no para cambiarlo por las atrocidades urbanas”⁸¹.

Dentro del reconocimiento de los derechos medio ambientales la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el desarrollo de 1992, establece una serie de principios en pos del desarrollo sostenible del medio ambiente. Dando un concepto de desarrollo ambiental–desarrollo sostenible y deja claro que no se puede hablar de desarrollo sin la protección al medio ambiente⁸².

En esta Declaración se reconoce el papel que ocupan los pueblos indígenas en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo sostenible (principio 22). Esto se debe a sus conocimientos y prácticas tradicionales que forman parte de la concepción colectiva indígena ancestral que ha pasado de generación en generación. En este sentido, conocimiento indígena forma parte de su identidad, cultura, autodeterminación e historia.

El capítulo 26 de la Agenda 21, el Programa de Acción sobre Medio Ambiente y Desarrollo, adoptado en la conferencia de Río de Janeiro del 1992 reconoce que

⁷⁹ Es evidente que la visión liberal de desarrollo definida por la cultura económica se opone al modelo de desarrollo sostenible y sustentable de la cosmovisión indígena, que va más allá de las barreras del tiempo en búsqueda del desarrollo humano, cultural, ético y espiritual integral.

⁸⁰ L. Muelas Hurtado, “Los derechos de los pueblos indígenas en el Convenio de diversidad biológica”, *Revista biodiversidad*, N° 25–26, 2000, p. 24.

⁸¹ Nugkuag Ikanam, E. “El desarrollo indígena amazónico”, *Pueblos indígenas nuestra visión del desarrollo*, ed. Icaria Antrazyt, Barcelona, 1995.

⁸² Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 1992

los pueblos indígenas “durante muchas generaciones han acumulado conocimientos científicos tradicionales holísticos de sus tierras, sus recursos naturales y el medio ambiente”. Por lo tanto, la protección del medio ambiente es un derecho de título colectivo y generacional, cuyas prácticas ancestrales tienen pleno reconocimiento en el campo científico y es deber de los Estados el “reconocer y apoyar” su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

En el campo del Derecho internacional existen otros instrumentos relacionados a la protección del medio ambiente aplicables a los pueblos indígenas y en orden cronológico podemos identificar a: el Convenio de Ramsar de 1971, el Convenio de la UNESCO para la protección del patrimonio, mundial, cultural y natural de 1972, la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres de 1973, La Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por la Sequía o Desertificación Graves, en particular en África de 1994, la Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Silvestre y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Foro Intergubernamental sobre los Bosques.

Es así, como la relación espiritual que tienen los pueblos indígenas sobre el medio natural ha implicado que sean reconocidos dentro de instrumentos de protección del medio ambiente, como también en instrumentos que buscan hacer frente el problema del calentamiento global y los efectos negativos del cambio climático, este es el caso de la intervención de los pueblos indígenas en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (en adelante CMNUCC) mediante el Foro Internacional de los Pueblos indígenas sobre cambio climático.⁸³ En esta línea la CMNUCC adoptó el Acuerdo de París, el mismo que tiene carácter vinculante, para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero. El Acuerdo de París y la COP22 aluden los derechos de los pueblos indígenas, el conocimiento tradicional y la participación de los pueblos.

En este sentido, comprendemos que la auto determinación indígena, su espiritualidad en el ejercicio del derecho colectivo a la tierra, de forma libre, es una de las claves para el desarrollo sostenible del planeta, ya que como se señaló su conocimiento ancestral sobre el medio natural podría o mejor dicho es la clave para combatir los impactos negativos que han causada la influencia del ser humano en la naturaleza.

⁸³ Este Tratado creado en la Cumbre de la Tierra de Río, en 1992, que entró en vigor el 21 de marzo de 1994 y, fue ratificado por 195 países, junto con su protocolo denominado de “Kioto” de 1997

V. El derecho a la consulta previa

El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona con el derecho a la identidad cultural, en la medida que la cultura pueda ser afectada por sus decisiones⁸⁴. En este sentido, la preservación de las culturas indígenas no es un modelo de proceso natural, ya que frecuentemente se han elaborado políticas públicas para eliminar y transformar las culturas indígenas, por considerar que su cosmovisión es opuesta al desarrollo y la integración nacional⁸⁵.

El derecho de consulta es un derecho transversal que no solo se limita a la información y no se puede confundir con los procesos de sociabilización y entendimiento, en este sentido el deber de consulta es obligación del Estado y no puede delegarse a las empresas privadas o a terceros⁸⁶. Algunos Estados consideran que los procesos de relacionamiento y de participación que realizan las empresas dan por cumplida la obligación de consultar a los pueblos indígenas. Sin embargo, en este punto del artículo es importante analizar los distintos elementos que engloban al derecho de consulta de los pueblos indígenas frente a proyectos extractivos, subrayando que este derecho es un mecanismo para la protección y defensa de los derechos de los pueblos indígenas ante la industria extractiva.

Los artículos 6 y 7.1 del Convenio 169 de la OIT reconocen que la participación de los pueblos indígenas no se limita a los procesos de consulta, por lo que, debe ser permanente, no solo cuando se afecten a sus territorios, sino ante medidas, actos legislativos o administrativos que puedan vulnerar sus derechos. Por su parte, la Declaración de la ONU de pueblos indígenas en el art. 19 resalta el carácter previo de la consulta, como también que debe de ser celebrada con buena fe, ante medidas administrativas o legislativas que pueda llegar a afectarles.

Sin embargo, el principal problema al que enfrentan las poblaciones indígenas con respecto a la consulta es que se lo realiza con posterioridad al otorgamiento

⁸⁴ CIDH. *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrafo 1050.

⁸⁵ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, R. Stavenhagen, (...), op.cit, p. 24.

⁸⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012, párrafo. 187

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párrs. 102, 129 y 131;

J, Anaya, *Informe del ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, A/HRC/12/34, de 15 de julio de 2009, párrs. 53 al 55.

de la concesión para determinado proyecto, violando los derechos de estos pueblos.

La consulta debe ser informada. Este requisito guarda relación con el carácter previo de la consulta, es decir, deben ser comunicados de manera clara y precisa sobre la naturaleza y las consecuencias del proceso a los pueblos y comunidades de manera previa. Esta comunicación debe ser aplicada conforme el principio de oportunidad e igualdad mediante información accesible. Debe ser realizada cultural y lingüísticamente idónea para las comunidades, no solo se trata de la utilización de un traductor, sino que transmisión del conocimiento de manera sencilla, ya que al momento de comunicar un proyecto este se encuentra concentrado en un lenguaje técnico.

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas ha indicado que la información debe incluir como mínimo los siguientes puntos⁸⁷:

- a) Naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesta;
- b) Las razones o el objeto del proyecto o actividad;
- c) Los lugares de las zonas que se verán afectados;
- d) Una evaluación preliminar probable de impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución;
- e) El personal que probablemente intervenga en la ejecución del proyecto propuesto
- f) Procedimientos que entrañen el proyecto⁸⁸.

La consulta debe celebrarse con buena fe, las partes deben dialogar de manera recíproca y en observancia a la cultura y tradición de las poblaciones indígenas. En esta línea la Corte Interamericana considera que “la buena fe exige la ausencia

⁸⁷ Informe del Seminario Internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas (E/C.19/2005/3), aprobado por el UNPFFII (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas) en su Cuarta Sesión en 2005, citado en: Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*. Febrero 2008, página 32.

⁸⁸En este punto, comprendemos que la participación efectiva de los pueblos indígenas para la concesión de proyectos extractivos, es un procedimiento encaminado a la protección de los intereses de estos pueblos, que debe cumplir con una serie de parámetros establecidos en el Derecho Internacional.

de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia”⁸⁹.

No obstante, la buena fe no solo es incompatible con la coerción por parte del Estado o terceros, sino también con las prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, e incluso con la corrupción de líderes comunales o el establecimiento de liderazgos paralelos, como ocurrió en el caso del *pueblo indígena Kichwa Sarayaku vs Ecuador*. Este principio también se relaciona cuando no se cuenta con la participación de los pueblos indígenas en el diseño final de los planes o proyectos de desarrollo, explotación o extracción o cuando se hace caso omiso de los resultados obtenidos⁹⁰. Sin embargo, este requisito se encuentra ausente en la mayoría de procesos denominados como consultivos.

La consulta debe ser libre. La consulta libre se dá en medio de un “clima de confianza mutua”⁹¹, no se cumple con tal requisito cuando los Estados prestan servicios de seguridad privada a las empresas transnacionales, mediante las fuerzas armadas o la policía nacional, esto representa un impacto a las poblaciones e incluso estas instituciones han procedido al desalojo violento de las poblaciones indígenas de territorio ancestral.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que este requisito tiene una amplitud alta, ya que también implica a asegurar que los pueblos indígenas puedan decidir si desean o no iniciar un proceso de consulta.

Durante todo el procedimiento desde el principio y el final la consulta debe llevarse de una manera culturalmente adecuada, de este modo no solamente se debe tener en cuenta los métodos tradicionales de los pueblos, sino sus formas propias de representación, toma de decisión incluyendo a todos los miembros de la comunidad en el proceso de información.

En este sentido, mediante la consulta, es deber de los Estados

“... ajustar o cancelar el plan o el proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho”⁹².

⁸⁹ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, (...) op. cit., párr. 186

⁹⁰ En este sentido, observamos que la buena fe es otro requisito que legitima la concesión realizada por el Estado.

⁹¹ OIT. *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad (FTCC), GB.294/17/1; GB.299/6/1 (2007), párrafo. 53.

⁹² CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009. párr. 324.

Por lo que, toda medida que no cumpla el procedimiento del derecho de consulta es contrario a las garantías del debido proceso⁹³.

Pese a que el derecho a la consulta libre, previa e informada se encuentra asimilada de mejor manera por los gobiernos actuales en Latinoamérica, el derecho al consentimiento libre, previo e informado ha tenido mayor reticencia por los gobiernos, incluso de aquellos modelos plurinacionales. La necesidad del consentimiento de las poblaciones indígenas radica en el libre ejercicio de la autodeterminación y la territorialidad que poseen estos pueblos, sin olvidar que el ejercicio del mismo debe respetar la identidad cultural y debe ser realizado de acuerdo a sus tradiciones y costumbres.

De este modo, todo proceso consultivo debe llegar a un acuerdo u obtener un consentimiento, pudiendo así influir de manera significativa y participativa sobre la toma de decisiones en proyectos de extracción o todos aquellos que afecten sus derechos o intereses como poblaciones indígenas⁹⁴. La finalidad de la consulta previa es “llegar a un acuerdo o lograr un acuerdo” sobre las medidas propuestas⁹⁵. Lo que significa que no todos los procesos de consulta requieren del consentimiento.

El consentimiento es obligatorio

“... cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar, sino también de obtener el consentimiento libre previo e informado de éste, según sus costumbres y tradiciones”⁹⁶.

Por lo que, se considera que en todo procedimiento de consulta que implique un mega proyecto a gran escala, que afecten en gran medida a una porción del territorio o a la totalidad del territorio es requisito indispensable el consentimiento de estos pueblos, por lo que caso contrario la concesión, carecerá de legitimidad⁹⁷.

⁹³ *Ibid*, párrafos. 323– 325.

⁹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, párrafo 134.

⁹⁵ OIT. CEACR. *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta*, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Informe 2011 de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones. Referencia: ILC.100/III/, 2011

⁹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*, párr.134.

⁹⁷ En este sentido, planes de desarrollo o de inversión a gran escala de conformidad al pronunciamiento del ex Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas Rodolfo Satavenhagen; es todo “proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada, la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma, la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo, la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turístico , instalaciones mineras, centrales energéticas, refinerías, complejos turísticos,

No existe un concepto cerrado de lo que se conoce como un proyecto de gran escala, como tampoco limita el origen del capital puede ser: público, privado o mixto de origen nacional o internacional. Existe una conceptualización flexible que permite incluir las distintas actividades de extracción, explotación o desarrollo. No obstante, sin que constituya una lista cerrada se puede identificar ciertos escenarios en los que es obligatorio el consentimiento cuando se considera de *prima facie a gran escala*: como el caso de grandes explotaciones minera, petrolera o de gas, por la remoción de la alta cantidad de recursos y el impacto generado a la superficie.

Además, para considerar un proyecto de gran escala dependerá: 1) de su magnitud o dimensión y, 2) del impacto humano y social que traiga consigo dicha actividad. Teniendo en cuenta el principio *propersonae*, ya que al tratarse de un mega proyecto no solamente hablamos de cifras o dimensiones, sino de seres humanos y sus derechos en juego y más de pueblos cuya cosmovisión se encuentra estrechamente vinculada con la tierra de ella depende su identidad cultural y su vida espiritual.

En el caso de que exista desplazamiento de los pueblos indígenas de conformidad con el art. 16 del Convenio 169 de la OIT, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, considera que debe existir como requisito *sine qua non* el consentimiento obligatorio. Como también en el caso de depósito y almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas⁹⁸.

Entre los pueblos indígenas existen aquellos que no han desarrollado relaciones sociales sostenidas con los demás integrantes de la sociedad nacional o habiéndolas desarrollado han optado por discontinuarlas⁹⁹. Se cree que fueron desplazados a zonas de refugio a causa de hechos violentos y traumáticos. En tanto la estrategia de no contacto es una herramienta de supervivencia y no de voluntad, constituyéndose en titulares de una situación única de vulnerabilidad. A estos pueblos se los conoce como “inter alia”, “pueblos sin contacto”, “pueblos ocultos”, “no contactados”, “invisibles”, “pueblos aislados”, “pueblos indígenas en aislamiento voluntario” o simplemente “pueblos libres”. Si bien no existe consenso sobre el término que debe utilizarse para denominar a estos pueblos en el ámbito internacional el más utilizado es el de “pueblos en aislamiento”. Por otro lado, los pueblos indígenas en contacto inicial son aquellos pueblos que mantienen

instalaciones portuarias, bases militares y empresas similares”. ONU. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen(...), *op. cit.*, párr. 6.

⁹⁸ CIDH. Informe “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales (...)”, *op. cit.* párr. 334. 3

⁹⁹ Perú, Ley 28736, Ley para la protección de los Pueblos Indígenas en Aislamiento y en contacto Inicial, Art. 2d.

un contacto reciente con la población mayoritaria, estos pueblos previamente permanecían en aislamiento. Son también aquellos pueblos que a pesar de mantener contacto desde hace tiempo atrás nunca han llegado a comprender los patrones y códigos sociales de la sociedad mayoritaria. Esto puede deberse a una situación de semi aislamiento o cuando las relaciones con la población mayoritaria no son permanentes, sino intermitentes¹⁰⁰, en este sentido, existe una especie categorización que depende del grado de contacto que tengan de los pueblos indígenas con la sociedad¹⁰¹.

El ejercicio convencional del derecho a la participación expresado en las figuras de la consulta previa, libre e informada y el consentimiento previo, libre e informado, en el caso de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario constituye una violación a sus derechos y garantías particulares porque podría forzar el contacto. No es posible realizar una consulta de acuerdo a los estándares internacionales establecidos, en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten sus derechos. Sin embargo, el Estado puede coordinar esfuerzos con organizaciones indígenas representativas de los segmentos en contacto del mismo pueblo en caso de que sus acciones por la reivindicación general del territorio tradicional incluyan la protección de dichos grupos en aislamiento. Todo esto dentro de un proceso continuo de consulta y protección territorial de todos los sectores, incluidos los grupos en aislamiento¹⁰².

El principio de no contacto de los pueblos indígenas en aislamiento es un indicador del consentimiento o no a la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus territorios, es el rechazo manifiesto a la presencia de terceros y su decisión de mantenerse en aislamiento. En el año 2015 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró a los Estados que el rechazo de todo contacto es la afirmación de la voluntad de mantenerse aislados y el no consentimiento a intervenciones o proyectos¹⁰³.

En el caso de los pueblos indígenas en contacto inicial la participación debe ser culturalmente apropiada dependiendo las circunstancias específicas y voluntaria comprendiendo el grado de vulnerabilidad de los mismos, junto con el grado de contacto que tengan con la sociedad. A diferencia de los pueblos en aislamiento

¹⁰⁰ OACNUDH, Directrices de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay, Ginebra, 2012.

¹⁰¹ La categorización dependiendo del grado de contacto implica que existan pueblos indígenas en contacto inicial, de pueblos indígenas en contacto intermitente, pueblos indígenas en contacto permanente y, pueblos indígenas en peligro de extinción.

¹⁰² Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe del Relator especial Anaya James, Casos examinados por el relator (junio 2009–julio 2010), 2010, párr. 142 y 335.

¹⁰³ CIDH, Informe Pueblos Indígenas Comunidades afrodescendientes Industrias extractivas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, de 31 de diciembre del 2015, párr. 21, 169 y 170.

voluntario los pueblos en situación de contacto inicial sí tienen relación con otros pueblos indígenas, lo que posibilita la realización de una consulta previa, libre e informada, y de buena fe dirigida a obtener el consentimiento. En este caso debe tenerse en cuenta la interdependencia con que tienen con el territorio y los recursos naturales, como sujetos activos y titulares de derechos para decidir.

No obstante, la situación actual de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial frente a terceros que realizan proyectos o actividades ancestrales es alarmante, no solo por la contravención del principio de no contacto (directo o indirecto), sino por las consecuencias generados por el mismo.

La realidad que atañe a este proceso en la realidad está supeditada a las empresas, que incluso realizan estos estudios con posterioridad a la concesión, sin participación alguna de los pueblos indígenas, representando un imperativo sobre la explotación de su territorio este es el caso del Canal Interoceánico de Nicaragua.

El derecho a la participación razonable de beneficios guarda relación con el art. 21.2 de la Convención 169 de la OIT relacionado con el derecho a la indemnización, ya que es importante que los pueblos indígenas se beneficien por la explotación, industrialización o comercialización de recursos, ya que uno de los principales objetivos de los proyectos extractivos es mejorar la calidad de vida de estas poblaciones, lamentablemente esta no es la realidad, ya que estos proyectos y planes no han percibido ganancias sino una serie de perjuicios. Confundiendo un derecho con un acto de buena voluntad política (caridad), en este punto comprendemos la buena fe del Estado y los objetivos previstos en estos procesos, ya que en nombre del desarrollo y combatir la pobreza se generan mayores brechas económicas, sociales, culturales, políticas e incluso acrece la discriminación hacia estas poblaciones.

VI. Conclusiones

Una de las preguntas planteadas por el primer Relator Especial R. Stavenhagen es si la identidad cultural de los pueblos indígenas puede sobrevivir en un medio desterritorializado, en asentamientos dispersos y centros urbanos donde los desplazados indígenas viven mezclados con poblaciones que no lo son. Como respuesta a denotado que los derechos culturales son universales, no están sujetos a ninguna clase de restricción territorio, sin embargo, todo depende de las circunstancias particulares y de la definición concreta de la identidad indígena adoptada en cada caso¹⁰⁴.

¹⁰⁴ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, R. Stavenhagen, (...), Op. cit, p. 24.

Existe una transversalidad entre los derechos de la tierra, la protección del medio ambiente y el derecho de participación efectiva de los pueblos indígenas. Es desde este punto que se puede comprender el derecho a la resistencia ejercido por los pueblos indígenas ante proyectos de extracción de recursos naturales en sus territorios. Puesto que no solo se trata de la defensa de un título de propiedad, sino de un título colectivo y un medio natural que ha sido preservado por sus ancestros incluso antes de la creación del modelo de Estado de Derecho, ¿es entonces la reparación económica suficiente ante la pérdida de lugares sagrados, contaminación, destrucción de territorios ancestrales, desplazamiento forzado y otras consecuencias culturales, sociales, medioambientales y espirituales justa? y cuándo estaríamos frente de una reparación integral.

Por otro lado, el principal factor que amenaza al ejercicio de los derechos pueblos indígenas es la actividad extractiva, ya que, por lo general, el territorio en el cual habitan los pueblos indígenas existe gran cantidad de recursos naturales tanto renovables como no renovables. Sin embargo, el cambio climático no es una preocupación que ha iniciado en esta década, sino desde tiempo atrás, siendo las distintas actividades de extracción de recursos naturales las que han influenciado en él. Paradójicamente parece ser que, a nivel mundial y pese a las distintas alarmas visibles del planeta, en la última década se ha iniciado un nuevo ciclo de concesiones de proyectos extractivos a gran escala en especial en Latinoamérica.

Para los pueblos indígenas el reconocimiento de sus derechos colectivos tiene diversas vertientes, territoriales, jurídicas, culturales, sociales, económicas y políticas, en este sentido el territorio indígena es también el punto de partida para la recomposición de los pueblos indígenas como actores colectivos, sin embargo hasta la presente fecha estos territorios están amenazados por actividades de empresas extractivas o por proyectos de desarrollo, por lo general, los Estados se reservan el derecho a la propiedad de estos recursos naturales, pero los indígenas lo reclaman cada vez más, y paradójicamente en el continua bajo condiciones se severa desventaja en relación a otros pueblos, siendo privados y desalojados de sus territorios y del acceso a recursos necesarios para sostener sus vidas. Esto implica un peso muerto en el avance del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que si bien como se estudió anteriormente se encuentran reconocidos en textos vinculantes o no, a los Estados, es un factor que retarda el eficaz cumplimiento de los principios establecido por el derecho internacional y tardíamente introducido en la normativa nacional interna de cada uno de los Estados en los que habitan.

Este artículo ha estructurado el derecho a la tierra y la cosmovisión indígena sobre ella, a pesar de un gran avance en materia de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, sigue existiendo la tendencia hacia la disminución de los recursos naturales de los pueblos indígenas, principalmente de sus tierras, pese al

avance constitucional en Latinoamérica, con el paso del tiempo los pueblos indígenas se ven despojados de sus territorios por empresas transnacionales, amparados bajo el manto protector del Gobierno.

La argumentación en relación con la cosmovisión indígena sobre el territorio, por lo general considera que es difícil para una visión occidental comprenderla, pero esto no es pretexto para la voluntad política para incumplir con los distintos compromisos internacionales, regionales y nacionales sobre el derecho al territorio en contextos extractivos.

En este sentido, los pueblos indígenas deben ser actores continuos en la toma de medidas que afectan a sus intereses, a sus derechos, a sus territorios, mediante mecanismos culturales conforme a sus costumbres y respetando la jerarquía existente dentro de estos pueblos.

Por lo que no se puede hablar de derecho a la tierra, sin respeto a la espiritualidad indígena, a la protección del medio ambiente y a la participación efectiva para el desarrollo sostenible.