

---

---

# LAS RELACIONES DE BILATERALIDAD ENTRE ESTADOS Y PUEBLOS INDÍGENAS

PABLO CAMPAÑA\*

INTRODUCCIÓN.....	1018
I. CONTEXTO.....	1019
A. LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL .....	1019
1. Del escenario internacional a la domesticación.....	1019
2. El concepto contemporáneo de personalidad jurídica internacional .....	1022
B. LA APLICACIÓN POSCOLONIAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN .....	1026
C. LAS REGLAS DE LA DECLARACIÓN COMO COSTUMBRE Y COMO CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS .....	1030
1. Las reglas de la Declaración como normas consuetudinarias .....	1031
II. DE LA UNILATERALIDAD A LA BILATERALIDAD .....	1036
A. LA PRÁCTICA HISTÓRICA DE LAS DECISIONES UNILATERALES DEL ESTADO.....	1036
B. LA PAULATINA TRANSICIÓN A LA BILATERALIDAD.....	1038
1. El derecho al consentimiento previo, libre e informado	1039
2. La facultad de los pueblos indígenas de suscribir acuerdos con los Estados de los que son parte .....	1044

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Campaña trabajó en el Centro de Derechos Humanos de la misma Universidad, fue parte integrante del grupo de investigación de la Comisión de la Verdad del Ecuador y asesor jurídico en procesos de titulación de tierras y territorios indígenas en la Amazonía con la Fundación Centro Lianas. Ha participado en varios talleres de capacitación sobre derechos humanos y ha realizado una investigación sobre los derechos de movilidad de los pueblos indígenas transfronterizos. Actualmente realiza una investigación sobre la historia del pensamiento constitucional ecuatoriano.

III. LA BILATERALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA PRESIÓN SOBRE LOS TERRITORIOS .....	1046
A. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO .....	1046
IV. CONCLUSIÓN Y COMENTARIO.....	1051

## INTRODUCCIÓN

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han existido importantes transformaciones en las últimas dos décadas respecto a los derechos de los pueblos indígenas. ¿Cuál es el principal cambio en estos derechos? En este ensayo, que se enfoca en los Estados y pueblos indígenas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se sostiene que la principal transformación que ha existido en el derecho internacional respecto a los derechos de los pueblos indígenas consiste en que: donde antes el Estado decidía unilateralmente sobre los pueblos indígenas y su territorio, ahora la decisión se torna bilateral, deciden tanto los Estados y los pueblos indígenas. Además, se afirma que el derecho al consentimiento previo, libre, e informado es un derecho jurídicamente vinculante para los Estados, cuyo desarrollo interpretativo se definirá si es que los avances en los derechos de los pueblos indígenas pueden garantizarles derechos territoriales efectivos.

Para sostener tal afirmación en primer lugar realizaré una contextualización de la situación de los pueblos indígenas en el derecho internacional: su condición de sujetos de derecho internacional y el alcance del derecho a la libre determinación. Posteriormente, revisaré dos instituciones que garantizan relaciones de bilateralidad entre el Estado y los pueblos indígenas: el derecho al consentimiento previo, libre, e informado, y después la facultad de los pueblos indígenas de suscribir tratados. Finalmente afirmaré que dependerá de la interpretación evolutiva que exista del derecho al consentimiento previo, libre, e informado la posibilidad de que la presión económica no despoje a los indígenas de sus territorios.

## I. CONTEXTO

### A. LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL

#### 1. *Del escenario internacional a la domesticación*

La afirmación de que los pueblos indígenas son sujetos de derecho internacional ha ido tomando cabida con el paulatino reconocimiento de la doctrina internacional y los fallos de tribunales internacionales.<sup>1</sup> Sin embargo, no es una idea peregrina, en el siglo XVI se inició una reflexión sobre aquellas sociedades que estaban siendo conquistadas

---

1. Véase, por ejemplo, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 1, A.G. Res. 61/295, Doc. O.N.U. A/RES/61/295 (13 sept. 2007) (“Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos . . . .”); véase también Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Nro. 125, ¶ 82 (17 jun. 2005) (“[E] otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los viene ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja . . . son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma . . . .”). Pero véase Natalia Álvarez, *El Sujeto Indígena y el Derecho a la Autodeterminación en la declaración de naciones unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, en DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, HACIA UN MUNDO INTERCULTURAL Y SOSTENIBLE 216, 222 (Natalia Álvarez ed., 2009) (analizando por qué no obstante que los pueblos indígenas “[e]xistían antes que [los Estados], tenían su propio derecho y formas de organización y ejercían una jurisdicción sobre sus habitantes y su territorio,” ellos “se sitúan a medio camino entre el reconocimiento que los Estados otorgan a otros Estados como sujetos plenos, y el reconocimiento que los Estados otorgan a actores no estatales que no tienen aspiraciones soberanistas o autodeterministas”); Bartolome Clavero, *Treaties with Peoples or Constitutions for States: A Predicament of the Americas [Tratados con Personas o Constituciones de Estados: Un Predicamento de las Américas]*, 12 INT’L YEARBOOK FOR LEGAL ANTHROPOLOGY 1 (2005) (analizando las diferencias entre distintos tipos de normas—específicamente, tratados y constituciones—con respecto a la fortaleza del reconocimiento de pueblos indígenas como sujetos) (traducción por autor). Véase generalmente James Anaya, *INDIGENOUS PEOPLES IN INTERNATIONAL LAW [GENTE INDÍGENA EN DERECHO INTERNACIONAL]* 260–71 (2° ed. 2004) (describiendo cómo el abordaje de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos se amplió con respecto a los casos involucrando pueblos indígenas) (traducción por autor).

por los imperios españoles y portugueses.<sup>2</sup> En Salamanca, el jurista Francisco de Vitoria afirmó que “los españoles son prójimos de los bárbaros”<sup>3</sup> y por tanto pertenecen a la sociedad de repúblicas y las relaciones son reguladas por el *ius gentium*. Según el historiador y jurista Bartolomé Clavero, durante el siglo XVII y especialmente el siglo XVIII se formularon tratados entre los Estados europeos y los pueblos indígenas, donde no existía igualdad entre las partes firmantes, y el colonialismo inglés fue el más propenso a la celebración de estos tratados.<sup>4</sup>

Sin embargo, de manera paralela en el siglo XVII Thomas Hobbes afirmaba que la humanidad estaba dividida en individuos y Estados. No existían los pueblos indígenas como entidades sociales, sino que siempre se partían del parámetro europeo de organización social.<sup>5</sup> Para Hobbes, un grupo humano sin organización social, en sus términos en *estado de naturaleza* era “la gente salvaje de muchos lugares de América” quienes “excepto en el gobierno de pequeñas familias . . . carecen absolutamente de gobierno, y viven en este momento en esa manera brutal.”<sup>6</sup> Una vez firmados los tratados de paz de Westfalia emerge la noción de Estado-nación en modelos de organización social y políticos y europeos que dan lugar una nueva comunidad internacional, mientras que los pueblos indígenas “se organizaban generalmente de acuerdo con vínculos tribales de parentesco, contaban con estructuras políticas descentralizadas a menudo unidas en confederaciones, y disfrutaban de esferas de control territorial compartidas o superpuestas.”<sup>7</sup>

---

2. Véase Francisco de Vitoria, SOBRE EL PODER CIVIL, SOBRE LOS INDIOS, SOBRE LA GUERRA, ESTUDIO PRELIMINAR, Traducción y notas de Luis Frayle Delgado, 132 (1998) (postulando que los españoles contaban con el permiso de conquistar sociedades bajo derecho natural, derecho divino, o por derecho humano).

3. *Id.*

4. Véase Clavero, *supra* nota 1, en 2 (avanzando que aunque no existía igualdad entre las partes firmantes, todavía había bilateralidad y consorcio durante las negociaciones del tratado).

5. Véase Thomas Hobbes, LEVIATHAN, cap. 13, 102-03 (G.A.J. Rogers y Karl Schuhmann, eds., 2003), disponible en [http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes\\_-\\_Leviatan.pdf](http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf) (expresando que el temor a un poder superior es lo que permite que los seres humanos vivan en armonía y desarrollen).

6. *Id.*

7. Anaya, *supra* nota 1, en 22 (traducción por autor).

La salida de los pueblos indígenas del escenario internacional se consolida con el positivismo jurídico que simplemente deja de mencionar que los pueblos indígenas sean considerados sujetos del derecho internacional.<sup>8</sup> Cuando hace a ellos referencia es para señalar que son un asunto de derecho interno; este fenómeno se ha sido referido como la *domesticación* de los pueblos indígenas,<sup>9</sup> lo que es un:

[P]roceso de retrogresión, mediante el cual [a los pueblos indígenas] se les ha privado (o reducido en gran medida) de tres de los cuatro atributos esenciales en los que se basaba su situación original como naciones soberanas, es decir su territorio, su capacidad reconocida de suscribir acuerdos internacionales y sus formas específicas de gobierno . . . .<sup>10</sup>

Se trata de una ideología que divide a la humanidad entre pueblos civilizados e incivilizados presupuestando la existencia de superioridades culturales.<sup>11</sup> Una ideología que tiene muchos rezagos todavía encubiertos, y algunos todavía explícitos como el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”).<sup>12</sup>

---

8. Véase, por ejemplo, *id.* en 254–55 (describiendo cómo el Comité sobre Derechos Humanos evitó conceder la admisibilidad de una temprana reclamación por un pueblo indígena basándose sobre sus derechos como un pueblo; en cambio, la concedió en base de los derechos de personas perteneciendo a minorías).

9. Véase Pablo Gutiérrez Vega, *The Municipalization of Legal Status of Indigenous Nations by Modern (European) International Law* [La Municipalización del Status Legal de Naciones Indígenas por Ley Internacional Moderna (Europea)], 12 INT’L YEARBOOK FOR LEGAL ANTHROPOLOGY 17, 22 y sigs. (2005) (traducción por autor).

10. Miguel Alfonso Martínez, Estudio Sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas, Comisión de Derechos Humanos, 51º periodo de sesiones, O.N.U. Doc. E/CN.4/Sub.2/1999/20, ¶ 105 (22 jun. 1999).

11. Véase Anaya, *supra* nota 1, en 27 (citando William Edward, A TREATISE ON INTERNATIONAL LAW [UN TRATADO DE LEY INTERNACIONAL] (A. Pearce Higgins ed., 1981).

12. Véase Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38, 26 jun. 1945, 59 Stat. 1055, 1060, T.S. Nro. 993, disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm> (“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar . . . los principios generales de derecho reconocidos por las *naciones civilizadas* . . . .”) (énfasis suplido).

## 2. *El concepto contemporáneo de personalidad jurídica internacional*

Pese a estar al margen del escenario internacional durante la creación de la Organización de Naciones Unidas, a partir del estudio sobre el “Problema de la discriminación contra poblaciones indígenas,”<sup>13</sup> se abrió la ruta a los posteriores estudios y discusiones sobre el estatus de los pueblos indígenas en el derecho internacional.<sup>14</sup> En el derecho internacional, es menos exacto señalar que la Personalidad Jurídica Internacional “brota o se deriva de la soberanía del Estado como lo fue en tiempos pasados[.]”<sup>15</sup> y resulta más preciso afirmar que “[l]a personalidad jurídica hace referencia en derecho internacional a la capacidad de los sujetos de detentar derechos y obligaciones, iniciar demandas internacionales (*ius standi*), concluir tratados o disfrutar de privilegios e inmunidades reconocidos por el derecho internacional.”<sup>16</sup> Por lo que “[m]ediante la atribución internacional de derechos y obligaciones legales, (nuevos) actores entran en escena, se vuelven ‘visibles’, como personas jurídicas internacionales y son incluidos en la comunidad (jurídica) internacional.”<sup>17</sup> En un mundo globalizado, donde las normas de derecho internacional ya no se refieren sólo a los Estados, sino también a nuevos actores, la respuesta sobre quién es sujeto de derecho internacional pasa por el reconocimiento de derechos y obligaciones, así como capacidad de exigirlos, a través parte de normas internacionales, más que por decidir si estamos o no ante un ente soberano.<sup>18</sup>

Los pueblos indígenas son sujetos de derecho internacional porque

---

13. Véase José R. Martínez Cobo, Estudio del Problema de la Discriminación contra Poblaciones Indígenas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 (30 sept. 1983).

14. Véase, por ejemplo, Martínez, *supra* nota 10.

15. Janne Elizabeth Nijman, THE CONCEPT OF INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY [EL CONCEPTO DE IDENTIDAD PERSONAL INTERNACIONAL] 456 (2004) (traducción por autor).

16. Álvarez, *supra* nota 1, en 215.

17. Nijman, *supra* nota 15 (traducción por autor).

18. Véase Álvarez, *supra* nota 1, en 215 (“En [Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, Opinión consultiva, 1949, I.C.J. (11 de abril),] la Corte hizo referencia a la personalidad jurídica internacional en términos no sólo de capacidad de obrar, sino también de posesión de derechos y obligaciones a otros actores.”).

reúnen esas características, existen normas de derecho internacional que les reconocen derechos y obligaciones, y adicionalmente porque existen mecanismos para que ellos los hagan efectivos. Actualmente existen dos instrumentos internacionales, el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>19</sup> y la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (“DNUDPI”), que reconocen explícitamente derechos de los pueblos indígenas internacionalmente.<sup>20</sup> Este último instrumento es un texto de 46 artículos e incluye los derechos a la tierra y territorio, al acceso a los recursos naturales en sus territorios, al respeto y la preservación de sus tradiciones, y a su autodeterminación.<sup>21</sup> Además, por la intensa participación de las organizaciones indígenas en la redacción del texto de la Declaración se ha afirmado que los pueblos indígenas actuaron como elaboradores del derecho internacional.<sup>22</sup> A eso se le debe sumar que los instrumentos que implícitamente garantizan derechos de los pueblos indígenas son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Americana”), que si en su texto no se refieren explícitamente a los pueblos indígenas, en la práctica han brindado protección internacional a sus derechos.<sup>23</sup>

---

19. Véase Organización Internacional del Trabajo [OIT], Convenio Nro. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Declaración de la O.N.U. 14.08 (27 jun. 1989) (enfaticando la necesidad de crear un tratado de carácter vinculante para garantizar el respeto a la cultura, idioma, religión, organización social y económica, y la identidad propia de los pueblos indígenas).

20. A.G. Res. 61/295, *supra* nota 1 (afirmando la igualdad de los pueblos indígenas y reconociendo la necesidad de promover sus derechos por medio de acuerdos y arreglos entre Estados).

21. Véase, *por ejemplo*, *id.* arts. 4, 10, y 26.3 (describiendo, respectivamente, los derechos a “la autonomía o el autogobierno,” a “no [ser] desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios,” y al respecto para “las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra”).

22. Ivarez, *supra* nota 1, en 218.

23. Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general Nro. 23, sobre los derechos de las minorías (artículo 27), 50º período de sesiones, O.N.U. Doc. ¶ 5.2 CCPC/21/Rev.1/Add.5 (1994) (aclarando que la existencia de una minoría se determina por criterios objetivos en lugar de una decisión unilateral de un Estado Parte); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Observación general Nro. 23, sobre Los derechos de los pueblos indígenas, 51º periodo de

La otra cara de la moneda es que los pueblos indígenas ahora pueden iniciar procedimientos contenciosos internacionales para exigir la garantía de sus derechos.<sup>24</sup> Son contenciosos en cuanto establecen varias etapas procesales, en las que participan dos contrapartes, para que un organismo establezca si se incumplió una obligación internacional.<sup>25</sup> Los procesos contenciosos, llamados “cuasi judiciales”<sup>26</sup> porque su decisión no es enteramente vinculante, son: el procedimiento de “comunicaciones” del PIDCP (establecido en virtud de un Protocolo Facultativo) que tiene como órgano de decisión al Comité de Derechos Humanos;<sup>27</sup> el procedimiento de controversia ante El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que conoce “quejas” por presuntas violaciones a la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el procedimiento de reclamación de la Organización Internacional del Trabajo que es conocida por un Comité del Consejo de Administración que hará un

---

sesiones, O.N.U. Doc. ¶ 5, anexo V A/52/18, (1997) (exhortando a que los Estados Partes reconozcan y protejan varios derechos de los pueblos indígenas); Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Sentencia de Fondo, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Nro. 91, ¶ 173 (31 ago. 2001) (invocando los artículos 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para establecer violaciones de los derechos a la propiedad y la protección judicial de la comunidad indígena Awas Tingni); Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Nro. 125 (17 junio 2005).

24. Véase Anaya, *supra* nota 1, en 248-71 (describiendo los varios procedimientos internacionales a través la Organización Internacional del Trabajo, el Comité de Derechos Humanos, y el Sistema Interamericano).

25. Véase John Bouvier, A LAW DICTIONARY, 2<sup>o</sup> ed. vol. I, 338 (1843) (definiendo los elementos del término “jurisdicción contenciosa,” que incluye (1) una acción o un procedimiento judicial con una audiencia y (2) una determinación de un tema disputado por dos partes).

26. Cf. Folleto Informativo Nro. 7 sobre los Procedimientos para Presentar Denuncias, Comisión de Derechos Humanos, 2 (2003), *disponible en* [http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7\\_s.pdf](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs7_s.pdf) (distinguiendo los procedimientos de la Comisión de aquellos de los comités fundados en tratados internacionales dado que los últimos “proporcionan una reparación individual por conducto de mecanismos cuasi judiciales”).

27. Véase George Howard v. Canadá, Comunicación 879/1999, Comité de Derechos Humanos, O.N.U. Doc. CCPR/C/84/D/879/1999, ¶ 8.3 (2005) (interpretando que el derecho a la autodeterminación no puede ser alegado, porque si bien está reconocido en el artículo 1 del Pacto, está reconocido a los “pueblos,” no a los “individuos,” que son quienes pueden acudir—según el Protocolo Facultativo—al Comité para presentar comunicaciones).



reporte que puede ser publicado para que el Estado actúe;<sup>28</sup> y dentro de la misma organización existe un procedimiento de queja que es conocido por el Consejo de Administración de la OIT, y una Comisión será la encargada de hacer las recomendaciones necesarias que son apelables a la Corte Internacional de Justicia, cuya decisión es definitiva.<sup>29</sup>

El quinto procedimiento al que pueden acudir los pueblos indígenas en el ámbito interamericano es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya decisión es vinculante es un proceso jurisdiccional. El caso en primer lugar debe ser admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien está facultada para presentar el caso ante el Tribunal.<sup>30</sup> Se debe anotar además, que a diferencia de otros procedimientos, aquí las comunidades indígenas son consideradas como sujeto jurídico dotado de singularidad propia.<sup>31</sup>

Lo que tenemos a la vista es un conjunto de instrumentos

---

28. Organización Internacional del Trabajo [OIT], Const., enmendada el 9 oct. 1946, art. 22, 62 Stat. 3485, 15 U.N.T.S. 35, 82 (1946); véase también Luis Rodríguez-Piñero, *Historical Anomalies, Contemporary Consequences: International Supervision of the ILO Convention on the Indigenous and Tribal Peoples (Nro. 169)* [*Anomalías Históricas, Consecuencias Contemporáneas: Supervisión Internacional de la Convención del OIT sobre Gente Indígena y Tribal (Nro. 169)*] (traducción por autor), 12 INT'L YEARBOOK FOR LEGAL ANTHROPOLOGY 58-60 (2005) (describiendo los procedimientos de quejas y reportes periódicos).

29. OIT Const., arts. 24-32.

30. Véase Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 61.1, 22 nov. 1969, O.A.S.T.S. Nro. 36, 1144 U.N.T.S. 123 [en adelante Convención Americana] (“Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”); véase también *Aloeboetoe v. Surinam*, Fondo, Sentencia, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Nro. 11 (4 dic. 1991) (informando que el caso fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en representación de siete demandantes); *Comunidad Moiwana v. Suriname*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Inter-Am. D.H. (ser. C) Nro. 124 (15 jun. 2005) (informando que el caso fue sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en representación de personas que habitaron en la aldea de Moiwana).

31. Véase *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Corte Inter-Am. D.H. ¶ 231 (27 jun. 2012) (describiendo que “la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros”).

internacionales que garantizan derechos a los pueblos indígenas, y que a su vez instituyen mecanismos para hacerlos exigibles, alcanzado incluso a ser mecanismos jurisdiccionales que obligan al Estado a ser escrutado internacionalmente por sus obligaciones respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Por esta razón “podemos afirmar que los pueblos indígenas gozan de cierta personalidad jurídica en el derecho internacional.”<sup>32</sup> La afirmación de la Corte Internacional de Justicia de que: “[l]os sujetos de derecho, en un sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza o a la extensión de sus derechos,”<sup>33</sup> confirma este estatus de los pueblos indígenas, al igual que otros sujetos del derecho internacional, no requieren tener una capacidad internacional de igual naturaleza a la de los Estados, que pueden actuar plenamente en la escena internacional, sino que son sujetos de derecho internacional con una capacidad jurídica limitada,<sup>34</sup> en cuanto el alcance de la misma está determinada por los instrumentos internacionales a los que nos hemos referido.

#### B. LA APLICACIÓN POSCOLONIAL DEL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN

De partida es necesario precisar que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido que el principio de libre determinación es un principio de derecho internacional<sup>35</sup> de carácter *erga omnes*,<sup>36</sup> por tanto constituye una fuente autónoma a la luz del Artículo 38 (1)(c) del Estatuto de la Corte.<sup>37</sup> En la actualidad es ineludible interpretar los derechos de los pueblos indígenas a la luz del principio a la libre determinación, para lo cual se requiere entender el papel de este

32. Álvarez, *supra* nota 1, en 220.

33. Reparación de Daños Sufridos al Servicio de Naciones Unidas, Opinión Consultiva, 1949 CIJ 174, 178 (11 de abril) (traducción por autor).

34. Véase ANTONIO CASSESE, INTERNATIONAL LAW [LEY INTERNACIONAL] 72 (2nd ed. 2005) [en adelante LEY INTERNACIONAL].

35. Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado, CIJ, ¶ 88, 13 jul. 2004.

36. Caso Relativo a Timor Oriental (Portugal v. Australia), 1995 CIJ 90, 30 jun. 1995.

37. En palabras del magistrado Cançado Trindade, el Estatuto “claramente indica que aquellos principios constituyen una “fuente” (formal) de Derecho Internacional, por sí mismos, no necesariamente establecidos por la costumbre o tratados.” Caso Relativo a las plantas de pasta de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina v. Uruguay), 2010 CIJ 125, ¶ 17 (20 abril) (Trindade, J., disidente).

principio en la transformación de la comunidad internacional en la segunda mitad del siglo XX y su papel en la sociedad internacional poscolonial.<sup>38</sup>

El derecho a la libre determinación se reconoció en los Pactos de 1966<sup>39</sup> a todos los pueblos. “[D]urante la segunda mitad del siglo veinte, el derecho internacional a la libre determinación se desarrolló de una tal manera que creó el derecho a la independencia para pueblos de territorios dependientes y pueblos sometidos a dominación y explotación extranjera,”<sup>40</sup> provocando un proceso de independencia de las colonias entonces existentes que reconfiguró la comunidad internacional.<sup>41</sup> En el año 2007, la Asamblea General de la ONU recuerda “que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena 3 afirman la importancia fundamental del derecho de *todos los pueblos* a la libre determinación” y declara en el Artículo 3 de la DNUDPI que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”<sup>42</sup>

Sin duda estamos ante al principio de igual naturaleza, que el que independizó a muchas colonias durante la segunda mitad del siglo

---

38. Véase generalmente ANTONIO CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL [LA AUTO-DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS: UNA REEVALUACIÓN LEGAL (1995) [en adelante UNA REEVALUACION LEGAL] (describiendo la importancia de la libre determinación en la restructuración de la comunidad internacional).

39. Por supuesto, nos referimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Ambos Pactos señalan en su artículo 1: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.” Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, A.G. Res. 2200 A(XXI), art. 1, O.N.U. A/RES/21/2200 (16 dic. 1966).

40. Concordancia con el Derecho Internacional de la Unilateral Declaración de Independencia en Kosovo, Opinión Consultiva, 2010 CIJ 141, ¶ 79 (22 jul.) (traducción por autor).

41. Véase *id.* (explicando que muchos Estados se han creado a través del ejercicio de la libre determinación).

42. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A.G. Res. A/RES/61/295, art. 3 (10 dic. 2007) (énfasis suplido).

XX. Esto ha llevado a escandalosas afirmaciones por parte de juristas parroquianos que denuncian el ánimo separatista de los pueblos indígenas cuando defienden su derecho a la libre determinación,<sup>43</sup> sin comprender que se trata del principio de derecho internacional que dependiendo del caso de aplicación, la situación de cada pueblo, tiene implicaciones distintas.<sup>44</sup>

El principio de libre determinación expresa la “necesidad de prestar consideración a la voluntad libremente expresada de los pueblos,” conforme lo expresa la Corte Internacional de Justicia en su opinión sobre el *Sahara Occidental*.<sup>45</sup> Existen reglas de carácter más concreto (establecidas consuetudinariamente y en ocasiones recogidas en instrumentos internacionales) que se aplican según los distintos casos en que los pueblos reivindican su derecho a la libre determinación,<sup>46</sup> pero su interpretación debe tener en cuenta que el objetivo es que sean los pueblos, no los Estados, quienes decidan sobre su condición económica, social y política.<sup>47</sup>

El jurista Antonio Cassese expone qué reglas se deben seguir en los distintos casos de reivindicación de este principio.<sup>48</sup> En los pueblos que viven bajo regímenes coloniales, conforme a la Declaración sobre Relaciones de Amistad de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1970, la regla de aplicación del principio de autodeterminación es que dichos pueblos deben elegir entre el establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre

---

43. Alejandro Carrión, *Un Estado dentro del Estado*, Diario El Comercio, Ecuador, 30 de agosto de 1990.

44. Véase UNA REEVALUACIÓN LEGAL, *supra* nota 38, en 130-31 (analizando los casos de Israel, Rodesia del Sur, y Sudáfrica, entre otros).

45. *Caso Relativo al Sahara Occidental, Opinión Consultiva*, 1975 C.I.J. 61, ¶¶ 58-59 (16 oct. 1975).

46. Para las situaciones donde se aplica el derecho a la libre determinación, véase la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, 2010 CIJ 141, ¶ 79 (22 jul. 2010) (secesión); UNA REEVALUACIÓN LEGAL, *supra* nota 38, en 127-129 (descolonización).

47. Véase UNA REEVALUACIÓN LEGAL, *supra* nota 38, en 128.

48. Las conclusiones de Cassese, de que las siguientes son reglas que desarrollan el principio de libre determinación en distintos escenarios, se basan en “un escrutinio detenido de las perspectivas de los Gobiernos, de la práctica Estatal y de los pronunciamientos de los organismos internacionales tales como la Asamblea General de la O.N.U. y la Corte Internacional de Justicia.” *Id.* at 126 (traducción por autor).

asociación o integración con un Estado independiente, o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo. En el caso de pueblos que viven bajo ocupación militar extranjera la regla de aplicación del principio de libre determinación es que la fuerza ocupante deje el territorio para que cese la agresión, en los casos en que existió previamente una disputa grave por parte de grupos internos se requerirá una elección democrática e instituciones, como sucedió en Cambodia.<sup>49</sup> En el caso de pueblos donde existe una discriminación racial institucionalizada las reglas obligan que al Estado “garantizar al grupo [discriminado] ejercicio de su derecho en el sentido de que puedan tomar parte del proceso de toma de decisiones políticas o, si esto falla, escogiendo algún tipo de ‘autonomía’ interna.”<sup>50</sup> Esta obligación se deriva de una cláusula de la misma Declaración sobre principios de derecho internacional y a la cooperación entre los Estados de 1970.<sup>51</sup>

El magistrado Abdulqawi Yusuf, recordando “que el derecho a la libre determinación no se ha convertido ni en una mera noción de interés histórico ni ha agotado su rol en el derecho internacional después del fin del colonialismo,”<sup>52</sup> ha señalado la importancia de “definir el alcance y contenido normativo del derecho a la libre determinación en un contexto poscolonial.”<sup>53</sup> Los pueblos indígenas constituyen uno de los casos en que se debe definir el alcance y contenido normativo del derecho a la libre determinación en un contexto poscolonial.<sup>54</sup> Si seguimos el criterio Cassese (de considerar

---

49. Véase UNA REEVALUACIÓN LEGAL, *supra* nota 38, en 148-49, n.7 (citando la presidencia Irlandesa, la que declaró no sólo “el total retiro de fuerza extranjeras verificadas por las Naciones Unidas”, sino también ‘el derecho fundamental de los Kampucheanos [en Camboya] a elegir su propio gobierno en elecciones libres, justas y supervisadas por las Naciones Unidas, en donde todos los partidos Kampucheanos deben comprometerse a sí mismos en respetar los resultados de estas elecciones”) (traducción por autor).

50. *Id.* at 150 (traducción por autor).

51. Véase Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, A.G. Res. 2625(XXV), 129 (24 oct. 1970).

52. Concordancia con el Derecho Internacional de la Unilateral Declaración de la Independencia en Materia De Kosovo, Opinión Consultiva, 2010 CIJ 141, ¶ 8 (22 jul.) (Yusuf, J., concurriendo) (traducción por autor).

53. *Id.* en ¶ 5 (traducción por autor).

54. Véase generalmente Clavero, *supra* nota 1 (comparando el tratamiento de pueblos indígenas durante el colonialismo y en la época poscolonial donde los tratados y constituciones empoderaban las naciones y no las personas).

la práctica internacional y las resoluciones de los organismos internacionales para tal definición), podemos decir que las reglas establecidas en la Declaración de Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas son las que desarrollan la aplicación del principio de libre determinación en el caso de los pueblos indígenas en el contexto poscolonial del derecho internacional.<sup>55</sup>

Esto en razón de que este instrumento tuvo lugar después del debate entre Estados y miembros de organizaciones indígenas, y se alimentó tanto en la práctica interna de los Estados como en instrumentos internacionales anteriores como el Convenio Nro. 169 de la OIT.<sup>56</sup> Por lo que la DNUDPI establece las reglas que desarrollan el principio de libre determinación, de igual modo que la Declaración sobre principios de derecho internacional, y a la cooperación entre los Estados, antes citada, estableció las reglas para los casos de colonización. Es por esto que podemos concluir que la DNUDPI establece entonces las reglas para la aplicación poscolonial del principio a la libre determinación en el caso de los pueblos indígenas.<sup>57</sup>

### C. LAS REGLAS DE LA DECLARACIÓN COMO COSTUMBRE Y COMO CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Si señalamos que el principio de libre determinación, en el contexto poscolonial del derecho internacional, aplicado al caso de

---

55. Véase Isabelle Kempf, *Cuando la Fuerza Irresistible Mueve al Objeto Inamovible: Aspectos Controvertidos en la Negociación de la Declaración Sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, en *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Hacia un Mundo Intercultural y Sostenible* 51 (Natalia Álvarez et. al. eds., Editorial Catarata 2009) (describiendo el proceso de negociación y ratificación de la Declaración y notando el uso de instrumentos internacionales como el Convenio Nro. 169); véase también James Anaya, *Emergence of Customary International Law*, 12 INT'L YEARBOOK FOR LEGAL ANTHROPOLOGY 132, 137-38 (2005) (describiendo los derechos de pueblos indígenas, incluyendo la autodeterminación, admitido en la Declaración).

56. Véase Kempf, *supra* nota 55, en 53-55 (describiendo el proceso de negociación y como el voto de la Asamblea General era casi por unanimidad).

57. *Id.* en 62 ("Ahora que la Declaración se ha adoptado, es un importante instrumento para el diálogo entre los pueblos indígenas y los Gobiernos y para la elaboración de las políticas públicas y leyes necesarias para la realización de los derechos incluidos en ellas.").

los pueblos indígenas tiene sus reglas de aplicación en la DNUDPI, corresponde analizar cómo sus normas vinculan jurídicamente a los Estados en general, y en particular, a los del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sirva para esto adelantar que es posible argumentar que la Declaración cristalizó normas de derecho consuetudinario que vinculan a los miembros de la comunidad internacional.

*1. Las reglas de la Declaración como normas consuetudinarias*

En términos generales, las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (Asamblea General), no son vinculantes porque esta entidad no tiene potestades legislativas.<sup>58</sup> Sin embargo, una resolución de la Asamblea General puede cristalizar una norma consuetudinaria si se considera que ha existido un diálogo entre la comunidad internacional que ha dado un entendimiento mutuo sobre las reglas que se están aprobando en la resolución, y además, porque ha existido previamente una práctica general de los Estados conformes a las reglas aprobadas por la resolución.<sup>59</sup> La Corte Internacional de Justicia se guió por este criterio en el caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua. En este caso, se planteó que la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas Relativa a los Principios de Derecho Internacional y las Relaciones de Amistad de Cooperaciones entre los Estados<sup>60</sup>

58. Carta de la Naciones Unidas, arts. 13, 14, 18 (explicando que la Asamblea General solo puede hacer recomendaciones).

59. Véase LEY INTERNACIONAL, *supra* nota 34, en 168 (explicando que la codificación de tratados tiene el efecto de declarar normas consuetudinarias, cristalizar las normas, y generar procesos que establece el efecto jurídico vinculante de las normas; *Report of the International Law Commission to the General Assembly*, 2 O.N.U. GAOR Supp. Nro. 12 en 24, O.N.U. Doc. A/1316 (1950), *reimpresión en* [1950] 2 Y.B. INT'L L. COMM'N 367, O.N.U. Doc. A/CN.4/SER.A/1950/Add.1; Peter James Nkambo Mugerwa, Sujetos de Derecho Internacional, *en* Manual de Derecho Internacional Público 188 (Max Sorensen ed., Fondo de Cultura Económica, Décima Reimpresión, México D.F., 2008). En sentido similar la Comisión de Derecho Internacional ha señalado que también existen “convenciones multilaterales pero todavía no vinculantes son frecuentemente consideradas que tienen un valor que evidencia de costumbre internacional.” Julio Barboza, *Derecho Internacional Público* 97 (Zavalía ed., 2001) (traducción por autor).

60. Véase A.G. Res. 2625 (XXV), U.N. GAOR, 25th Ses., O.N.U. Doc. A/8082, at 87 (24 oct. 1970). En dicho caso la Corte se refería a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, titulada “Declaración Relativa a los Principios de

había cristalizado la costumbre internacional de prohibición de la amenaza y uso de la fuerza contra un Estado independiente, en razón de que una regla consuetudinaria se puede evidenciar por “la actitud de las partes y la actitud de los Estados en ciertas resoluciones de la Asamblea General . . . .”<sup>61</sup> En este fallo la Corte manifestó que si un Estado aprueba una resolución de la Asamblea General, expresa su “aceptación de la validez de dicha regla o conjunto de reglas declarados por la propia resolución.”<sup>62</sup>

El conjunto de reglas establecidas en Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas también cristaliza normas consuetudinarias, principalmente por el proceso de negociación del texto de la resolución que permitió un acuerdo de la comunidad internacional sobre el alcance de dichas reglas y por la práctica internacional anterior a la aprobación del texto, que además, ha sido ratificada posteriormente al texto.<sup>63</sup>

Para que emerja una norma consuetudinaria es necesario que existan dos elementos: “la práctica uniforme de un acto (*usus* o *diuturnitas*) y la convicción de que aquella práctica esté inspirada en el derecho (*opinio juris*).”<sup>64</sup> Cuando un conjunto de reglas cristalizan una costumbre a través de una resolución de la Asamblea General, en primer lugar se configura el *opinio juris* en reuniones multilaterales, comunicaciones explícitas que permiten “hacer converger el entendimiento sobre la expectativa que se tiene de las reglas.”<sup>65</sup> A decir del Relator Especial de Naciones Unidas para Asuntos Indígenas, James Anaya, con “el advenimiento instituciones intergubernamentales modernas y el aumento de los medios de comunicación, estados y otros actores relevantes se comprometen crecientemente al diálogo.”<sup>66</sup> En el caso de la Declaración, el

---

Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y cooperación entre los estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.”

61. Caso concerniente a las Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicar. v. EE.UU), 1986 C.I.J. ¶ 188 (27 jun.); véase también Opinión Consultiva Sobre las Consecuencias Jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado, 2004 C.I.J. 87 (13 jul.) (confirmando el criterio usado).

62. Nicar. v. EE.UU, 1986 C.I.J. ¶ 188 (27 jun.).

63. Véase Anaya, *supra* nota 55, en 128-30.

64. Véase LEY INTERNACIONAL, *supra* nota 34, en 156.

65. Anaya, *supra* nota 55, en 128 (traducción por autor).

66. *Id.* (traducción por autor).



entendimiento sobre las reglas que ella consagra se dio durante 22 años de trabajo y discusión en el Grupo de trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas entre expertos, delegados de Estados y de Organizaciones Indígenas, proceso que concluyó con la aprobación final del texto el 13 de septiembre de 2007.<sup>67</sup>

La práctica uniforme de actos conformes a las reglas aprobadas en la Declaración (*usus*) se dio durante la discusión del instrumento y se ha ratificado posteriormente,<sup>68</sup> tanto a nivel nacional como internacional. A nivel internacional se destaca la adopción del Convenio Nro. 169 de la OIT,<sup>69</sup> que en mucho sigue el texto de la Declaración y “ha tenido un efecto tremendo en la práctica estatal,”<sup>70</sup> también la aprobación en el Sistema Interamericano del Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>71</sup> Además, a nivel internacional se han seguido procesos contenciosos ante organismos internacionales por los derechos reconocidos posteriormente en la Declaración (así ante el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Antes de la aprobación del texto la Unión Sudamericana de Naciones realizó un llamado a su aprobación pues considera que se trata de “una importante propuesta que reconoce los derechos de los Pueblos Indígenas, así como su contribución positiva en la construcción de las sociedades contemporáneas de la región.”<sup>72</sup>

Mientras que a nivel interno, los Estados han reconocido de

---

67. Véase Kempf, *supra* nota 56, en 53.

68. Véase Caso de la Plataforma continental del Mar del Norte, 1969 C.I.J. ¶ 74 (20 feb.) (manifestando que “el hecho de que no haya transcurrido sino un breve lapso no constituye necesariamente por sí solo un impedimento a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario” (traducción por autor)).

69. Véase OIT, Registro Provisional en 32/17-32/19, reimpresión 28 I.L.M. 1384 (1989) (Adoptado con 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones. El voto en contra fue el del delegado de los empleadores de Holanda).

70. Luis Rodríguez-Piñero, *supra* nota 29, en 55-56 (traducción por autor).

71. Véase Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Inter-Am. Com'n H.R., OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., cap. 4 (1997).

72. Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Naciones Unidas, Cumbre de Jefes de Estado de UNASUR, 9 dic. 2006, disponible en [http://www.comunidadandina.org/documentos/dec\\_int/dec\\_cochabamba\\_indigenas.htm](http://www.comunidadandina.org/documentos/dec_int/dec_cochabamba_indigenas.htm).

distintas formas los derechos de los pueblos indígenas que reconoce la Declaración, sólo me referiré a los más importantes: en Canadá la Constitución de 1982 afirma que los existentes “derechos originarios y de Tratados de los pueblos aborígenes de Canadá son de ahora en adelante reconocidos y afirmados;”<sup>73</sup> la Constitución Brasileira de 1988 reconoció el derecho de los pueblos indígenas a tierras, a tener sus propia organización social, costumbre y tradiciones;<sup>74</sup> en Colombia la Constitución de 1991 reconoce a los indígenas una representación mínima en el Senado;<sup>75</sup> en Australia la Suprema Corte marcó un precedente para garantizar el acceso a tierras indígenas de posesión ancestral y se promulgó *The Native Title Act (Ley de Derechos Indígenas)* en 1993, que creó un tribunal nacional para las reclamaciones de tierras indígenas;<sup>76</sup> en Argentina el caso de la comunidad indígena Hoktek t’oi pueblo Wichi v. Secretaria de Medio Ambiente y Desarrollo logró que se deje sin efecto una autorización para talar el bosque que estaba dentro de su territorio.<sup>77</sup> Después de la aprobación de la Declaración, las reglas del instrumento siguen siendo aplicadas y reconocidas, así la Corte Suprema de Justicia de Belice, en octubre de 2007, afirmó que la Declaración contiene principios generales de derecho internacional y se basó en su texto para aceptar un reclamo de tierras ancestrales de comunidades mayas;<sup>78</sup> la Constitución de Ecuador reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no contactados e incorpora al *bloque de constitucionalidad* los derechos de la Declaración,<sup>79</sup>

73. Constitution Act [Ley de Constitución], 1982, *being* Schedule B to the Canada Act [siendo Programa B a la Ley Canadá], 1982, c.11 § 35 (RU).

74. CONSTITUIÇÃO FEDERAL [C.F.][CONSTITUCIÓN] arts. 231-32 (Braz.).

75. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] art 171.

76. *Native Title Act [Ley de Derechos Indígenas] 1993* s 107 (Austl.).

77. Véase OIT, *Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina, una recopilación de casos*, A/HRC/9/9 2009, 43-44 (“Aunque el gobierno provincial alega que las autorizaciones extendidas son válidas a partir de sus facultades en materia de medio ambiente, la Corte provincial y la Corte Suprema subrayan que la Constitución y el Convenio núm. 169 reconocen el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento de sus tierras ancestrales, y a la participación en la toma de decisiones relativas a los recursos naturales situados en esas tierras.”).

78. Véase *Cal v. Procurador General de Belice*, Corte Suprema de Belice, 2007, reimpresión 46 I.L.M. 1008, 1010 (2007) .

79. Véase CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR art. 57 (2008) (reconociendo y garantizando “a las comunas, comunidades, pueblos y

mientras el Senado de Bolivia aprobó la DNUDPI como Ley el 1 de noviembre de 2007 y la Constitución de ese país, en el año 2009, reconoció también la libre determinación de los pueblos indígenas.<sup>80</sup>

La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que se requiere obtener el consentimiento de un grupo de indígenas y afrocolombianas afectados por un proyecto minero, siguiendo el texto de la Declaración.<sup>81</sup> Los actos a nivel internacional e interno aquí mencionados son sólo muestras de una serie de actos realizados durante los 22 años que se discutió el texto de la Declaración y los 4 años posteriores a su aprobación, que han logrado demostrar “un patrón de práctica internacional que tiende a reconocer y afirmar el entendimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas.”<sup>82</sup>

Por lo aquí expuesto, se puede afirmar que el debate que existió para discutir el texto de la Declaración de 1985 a 2007 permitió que se establezca un entendimiento común del alcance de las reglas del instrumento consolidando el elemento subjetivo de la norma consuetudinaria. Mientras que los actos estatales – a nivel interno e internacional – han sido consistentes con las reglas de la Declaración, “confirma un expansivo consenso ya suficiente y extendido lo bastante para constituir derecho internacional consuetudinario.”<sup>83</sup> Por lo que concluyó, que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cristaliza reglas que constituye, o cuando menos están en proceso de constituir, costumbre internacional.<sup>84</sup>

---

nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los [varios] derechos colectivos” y “adopta[ndo] medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su *autodeterminación* y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos.”) (énfasis suplido).

80. Véase CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO art. 30 (2009) (garantizando los derechos a la libre determinación y territorialidad.”

81. Véase Corte Constitucional [C.C.], 29 oct. 2009, Sentencia T-769, *Álvaro Balarín y otros contra los Ministerios de Interior y de Justicia, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, de Defensa, de Protección Social, de Minas y Energía*, (Colom.) (exponiendo que “el Estado estaba *obligado* a obtener el consentimiento para que se lleve a cabo el proyecto” (énfasis suplido)).

82. Anaya, *supra* nota 55, en 139.

83. *Id.* (traducción por autor).

84. Véase *id.*

## II. DE LA UNILATERALIDAD A LA BILATERALIDAD

### A. LA PRÁCTICA HISTÓRICA DE LAS DECISIONES UNILATERALES DEL ESTADO

Existen ejemplos de cómo el colonialismo inglés en el siglo XVIII, y en menor medida el español en el siglo XVIII, se relacionó con los pueblos indígenas a través de tratados que establecían en estatus de igualdad a ambas partes firmantes.<sup>85</sup> Sin embargo, en etapas más avanzadas del colonialismo, en los territorios que ahora configuran los Estados miembros del Sistema Interamericano, se terminaron esas relaciones de bilateralidad, tanto por los cambios de pensamiento en el derecho internacional, y además, por los cambios de relaciones de fuerza que se dieron de facto.<sup>86</sup> Es así que una vez que los Estados de la región lograron independizarse, el constitucionalismo latinoamericano cerró las posibilidades de mantener relaciones bilaterales, “los Estados constitucionales incorpora[ron] los territorios ajenos. Ellos asumen que son habitados por poblaciones incivilizadas, un sector de la humanidad carente de cultura europea y por tanto de civilización en sentido europeo.”<sup>87</sup> En el siglo XIX el “sometimiento y domesticación de la población indígena, se dieron sea gradualmente o por la fuerza.”<sup>88</sup>

En el siglo XIX y XX, en los países que ahora conforman el Sistema Interamericano, se negó la posibilidad de que los pueblos indígenas, en cuanto entidad colectiva, lleguen a acuerdos de convivencia, entiéndase tratados, con los Estados y además no se respetaron tratados históricamente existentes, señala Bartolomé Clavero.<sup>89</sup> Ya no tomados en cuenta en cuanto pueblos, también

---

85. Véase Clavero, *supra* nota 1, en 1-3 (notando que el proceso de negociación tenía dos partes, uno entre los países europeos entre sí mismos, y otro con los pueblos indígenas).

86. Véase *id.* en 2 (explicando que aunque el proceso de negociación tiene dos partes, los países europeos se consideraban superiores a los pueblos indígenas).

87. *Id.* en 5.

88. *Id.*

89. Véase *id.* en 6-7 (comentando que, en los E.E.U.U., el enfoque es en el poder de las naciones y la constitución, mientras que en Latinoamérica, hay constituciones y enmiendas que reconocen la propiedad comunal indígena pero no establecen un estado pluricultural); véase también Kempf, *supra* nota 56, en 57 (disponiendo que “los procesos de integración y políticas asimilacioncitas en virtud

existieron mecanismos jurídicos para eliminar su capacidad de expresarse individualmente. En Ecuador se estableció el requisito de saber leer y escribir en español para ejercer el voto<sup>90</sup> y en Brasil se determinó la incapacidad jurídica relativa de los pueblos indígenas en el Código Civil de 1916.<sup>91</sup> A lo que se suma sus tierras y territorios se consideraban baldíos o *res nullius*, tanto en el derecho interno<sup>92</sup> como en el internacional.<sup>93</sup> Este tipo de concepciones jurídicas menguaban el entendimiento del *valor intrínseco* que tiene una persona indígena, provocaba que socialmente sean considerados descartables, y explica que se haya llegado a dar genocidios como el guatemalteco, donde en 1982 Amnistía Internacional denunciaba que se habían asesinado entre los meses de marzo y junio 2600 indígenas-campesinos.<sup>94</sup> En el siglo XX en el ámbito de los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y pese a avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el ex Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los

---

de las cuales las estructuras indígenas de toma de decisiones fueron destruidas y sustituidas por estructuras del gobierno”).

90. Becker indica que en el momento de la “incorporación a la vida nacional” a los pueblos indígenas en la Asamblea Constituyente de 1944-1945 en el Ecuador, los montubios (campesinos mestizos de la costa) e indígenas que no leían y escribían en español sumaban el 75% de la población. Véase Marc Becker, *El Estado y La Etnicidad en la Asamblea Constituyente de 1944-1945*, en ETNICIDAD Y PODER EN LOS PAÍSES ANDINOS 136-43 (Christian Büschges et al., Corporación Editora Nacional 2007).

91. “En su artículo 6 declaraba a los ‘silvícolas’ relativamente capaces de ejercer ciertos actos de la vida civil, añadiendo en un Párrafo Único que las leyes y reglamentos especiales establecerían el régimen tutelar al que quedarían sujetos hasta que adoptaran la civilización del país.” Carmen Junqueira y Eunice Paiva, *La Legislación Brasileña y Las Poblaciones Indígenas en el Brasil*, en DERECHO INDÍGENA Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA 246 (de Rodolfo Stavenhagen, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Colegio de México, Primera Edición, 1988).

92. Véase Nina Pacari, *Avance de la Legislación Ecuatoriana Sobre Tierra y Territorios de los Pueblos Indígenas*, en EL ENCUENTRO ESTRATÉGICO DE ORGANIZACIONES: REDES POR LA INCIDENCIA (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003). En Ecuador, la Ley de Tierras Baldías y Colonización, con el objetivo formal de ampliar la frontera agrícola en la Amazonía declaraba como baldías a tierras que efectivamente eran de posesión indígena, Decreto Supremo No. 2172, 22 sept. 1964.

93. Esta sólo llegó a cambiar con el fallo de la CIJ relativo al Sahara Occidental. Véase Sahara Occidental, *supra* nota 45, en ¶¶ 75-83.

94. Véase Stavenhagen, *supra* nota 91, en 233-35.

indígenas, Rodolfo Stavenhagen afirmaba en 1988 que:

En numerosos países se sigue pensando que el Estado nacional debe ser culturalmente homogéneo las políticas de “mejoramiento” y desarrollo de las poblaciones indias responden a una estrategia de “integración” y de “asimilación”, en otras palabras, de “desindigenización”. La visión oficial del futuro de las sociedad latinoamericanas es de naciones sin indios.<sup>95</sup>

Es en la década de 1990, impulsada por el Convenio Nro. 169 de la OIT y sobre todo por el trabajo de organizaciones indígenas en décadas pasadas, que existe un cambio — aunque sea parcial — de esta tendencia, lo que disminuye la discriminación a los pueblos indígenas. Este evolución ha sido muy vigente durante el siglo XX y disminuye la tendencia a que el Estado decida unilateralmente sobre los pueblos indígenas colectivamente, sobre los indígenas como individuos y en alguna medida sobre sus territorios.<sup>96</sup>

#### B. LA PAULATINA TRANSICIÓN A LA BILATERALIDAD

Al terminar el siglo XX, en los países del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los Estados comienzan paulatinamente a entablar relaciones de *bilateralidad* con los pueblos indígenas.<sup>97</sup> El Convenio Nro. 169 pone sobre la mesa de discusión el reconocimiento de la propiedad colectiva de tierras y territorios indígenas, la consulta previa frente a actividades que afecten territorios indígenas, y la consulta pre-legislativa ante proyectos que afecten sus derechos, reconociendo la autonomía indígena.<sup>98</sup> Desde la aprobación de la DNUDPI dos instituciones robustecen la obligación del Estado de mantener relaciones de bilateralidad con los pueblos indígenas: el derecho al consentimiento previo, libre, e informado y la facultad de celebrar tratados con los pueblos indígenas.<sup>99</sup> Ambas

---

95. *Id.* en 342-43.

96. Véase James Anaya, *Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law* 8 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 1 (1991) (presentando el Convenio Nro. 169 como una norma consuetudinaria y una expresión de la comunidad mundial para asegurarles a los grupos indígenas sus derechos a la cultura, el territorio y la auto-determinación).

97. Véase Clavero, *supra* nota 1, en 8-11 (observando que había un reconocimiento de la falta de participación y consideración de los pueblos indígenas).

98. Véase Anaya, *supra* nota 96, en 5, 13.

99. Véase Clavero, *supra* nota 1, en 10-12.

instituciones marcan el modo de ejercicio de los demás derechos reconocidos y además, la aplicación de ambas, constituye la realización del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.<sup>100</sup>

*1. El derecho al consentimiento previo, libre, e informado*

Para entender este derecho es pertinente partir del concepto del derecho a consulta previa, que es la institución que antecede al derecho al consentimiento,<sup>101</sup> la profesora Raquel Yrigoyen explica al respecto al derecho a la consulta previa:

[E]s un mecanismo que el Estado está obligado a implementar antes de tomar una decisión sobre una medida – administrativa o legislativa – que pueda afectar a los pueblos indígenas. Pero los pueblos no deciden. Justamente se activa el mecanismo de la consulta cuando es el Estado el que debe decidir. Y el deber del Estado se agota en garantizar, de buena fe, que los procedimientos estén orientados al logro de un acuerdo o consentimiento aunque, dicho acuerdo o consentimiento no se produzca.<sup>102</sup>

El derecho a la consulta previa que busque llegar a un acuerdo constituyó un avance para la libre determinación de los pueblos indígenas, más en un escenario donde el Estado decidía de manera arbitraria sobre tierras y territorios de los pueblos indígenas.<sup>103</sup> Sin embargo, como señala Raquel Yrigoyen, dado que el Estado resulta en la autoridad de última instancia para decidir sobre los territorios indígenas cuando se realiza una consulta “algunos pueblos han llegado a rechazar el mecanismo mismo de la consulta, puesto que

---

100. Véase Anaya, *supra* nota 55, en 131-35 (por ejemplo, la ONU, OEA, OIT, y la CrIDH).

101. Véase Raquel Yrigoyen Fajardo, *Integración y Complementariedad de los Derechos de Participación*, en DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, HACIA UN MUNDO INTERCULTURAL Y SOSTENIBLE 349 (Natalia Álvarez et. al. eds., Editorial Catarata 2009).

102. *Id.*

103. El procedimiento de reclamación ante la OIT ha sido utilizado numerosas veces por los pueblos indígenas para hacer efectivo el derecho a la consulta previa. Ese fue el caso de la reclamación interpuesta por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL) contra el Estado ecuatoriano por la falta de consulta previa a las comunidades indígenas *shuar* sobre la explotación petrolera del Bloque 24, que afectaba al 70% del territorio de este pueblo. Véase Anaya, *supra* nota 1, en 249-52.

definitivamente el Estado es el que decide, aun en contra del pronunciamiento negativo de los pueblos respecto de ciertas medidas.”<sup>104</sup>

La DNUDPI establece tres casos donde no sólo se requiere consultar con los pueblos indígenas, sino también obtener su consentimiento, la diferencia de ambos derechos es que “el peso de la decisión se traslada a los pueblos indígenas,”<sup>105</sup> en otros términos “el Estado no puede tomar una decisión sin la expresa aceptación de los pueblos a la medida propuesta.”<sup>106</sup> Las tres circunstancias donde se requiere este consentimiento son:

1. Si el Estado desea desplazarlos de sus tierras o territorios;<sup>107</sup>
2. Si el Estado desea almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas,<sup>108</sup> y
3. Si los Estados desean aprobar proyectos que afecten las tierras territorios indígenas, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.<sup>109</sup>

La CrIDH, en su célebre fallo *Sarama vs. Suriname*, se pronunció sobre el derecho al consentimiento previo.<sup>110</sup> En primer lugar

---

104. Fajardo, *supra* nota 101, en 350.

105. *Id.*

106. *Id.* en 358.

107. Véase A.G. Res. 61/295, *supra* nota 1, art. 10 (destacando que “[n]o se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”).

108. Véase *id.* art. 29(2) (señalando que “[l]os Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”).

109. Véase *id.* art. 32(3) (explicando que “[l]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”).

110. Véase Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (ser. C) No. 172, ¶ 214(5) (28 nov. 2007) (declarando que el Estado “debe abstenerse de realizar actos que podrían dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho



recuerda que el derecho a la propiedad, según el artículo 21 de la Convención,<sup>111</sup> protege “*el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural*”<sup>112</sup> del pueblo indígena, y sobre la obligación el derecho al consentimiento previo el fallo señala:

La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio de Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.<sup>113</sup>

Según la interpretación de la Corte el Estado está obligado a requerir el consentimiento del pueblo indígena cuando se reúnan dos requisitos: 1) en casos de planes de desarrollo o inversión a gran escala, como el caso de la minería en el caso de Saramaka, y 2) cuando se ponga en peligro la subsistencia de un pueblo.<sup>114</sup>

A nivel interno se debe destacar el fallo de la Corte Constitucional de Colombia, que decidió que en un proyecto minero que afectaría a comunidades indígenas y afrocolombianas, en los departamentos de El Chocó y Antioquia, el Estado estaba obligado a obtener el consentimiento para que se lleve a cabo el proyecto.<sup>115</sup> En lo pertinente el fallo señaló:

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que

---

los integrantes del pueblo Saramaka, a menos que el Estado obtenga el consentimiento previo, libre e informado de dicho pueblo”) (énfasis suplido).

111. Véase Convención Americana, *supra* nota 30, art. 21 (postulando que “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por ley”).

112. *Caso del Pueblo Saramaka*, (ser. C) No. 172, ¶ 122 (disponiendo que “el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro de su territorio . . . . Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención, a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad”) (énfasis suplido).

113. *Id.* ¶ 94.

114. Véase *id.* ¶¶ 135-37.

115. Véase Corte Constitucional, 29 oct. 2009, Sentencia T-769/09, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.).

tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos *las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes*, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.<sup>116</sup>

Al señalar que las decisiones pueden considerarse *decisiones vinculantes*, la Corte Constitucional, al elemento más sensible y decisivo que al que nos enfrenta la DNUDPI, que sirvió para la argumentación para ambas decisiones revisadas, la existencia ya no sólo individual, sino también colectiva, ya no sólo física, sino también cultural, de un pueblo tiene más peso jurídico que las utilidades que puedan desprenderse de un proyecto de explotación a gran escala. La Declaración y estas sentencias reivindican el concepto de dignidad, en cuanto manifiesta que la existencia de un pueblo no puede ser sacrificada por una idea, en este caso la utilidad económica o incluso el desarrollo, la existencia del ser humano individual o colectivamente constituyen un fin en si mismo que proyectos extractivos a gran escala no pueden vulnerar.

¿Con el derecho al consentimiento previo, libre e informado, existe bilateralidad o cambió de lado la unilateralidad? ¿Con este derecho, tienen derecho a veto los pueblos indígenas aunque no sean los que están decidiendo unilateralmente? En este sentido es interesante la posición del Relator de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas quién ha manifestado que “en aquellas situaciones en que una actividad o proyecto de inversión tenga impactos substanciales que pondrían en peligro el bienestar físico o cultural de una comunidad indígena, el Estado no debería autorizar continuar con la actividad sin el consentimiento de la comunidad afectada.”<sup>117</sup> Sin embargo, refiriéndose a la Ley de

---

116. *Id.* en 35 (énfasis suplido).

117. Asamblea General [AG], Consejo de Derechos Humanos de la ONU, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones*

Consulta del Perú ha manifestado que el consentimiento no es un “derecho a veto,”<sup>118</sup> en el sentido de que no implica “un poder de decisión absoluto de vedar o impedir unilateralmente, con base a cualquier justificación o sin ninguna, toda propuesta o decisión hecha por el Estado que les pueda afectar.”<sup>119</sup> Para Anaya:

La parte indígena podría verse justificada en no otorgar su consentimiento, no en base a un derecho unilateral de veto, sino siempre y cuando el Estado no demostrara adecuadamente que los derechos de la comunidad indígena afectada fueran debidamente protegidos bajo la medida o proyecto propuesto, o no demostrara que los impactos negativos sustanciales fueran debidamente mitigados.<sup>120</sup>

Finalmente, en los casos en que se requiere el consentimiento, este es “una precondition exigible para la ejecución de la medida propuesta.”<sup>121</sup>

Por lo aquí expuesto, se concluye que el derecho al consentimiento previo, libre e informado se aplica en los casos donde proyectos de gran escala o desarrollo que ponen en peligro la vida cultural o física del pueblo indígena; cuando se lo intenta desplazar o cuando se intenta almacenar desechos peligrosos en su territorio.<sup>122</sup> Este consentimiento no constituye en un derecho a vetar, de manera arbitraria cualquier iniciativa del Estado, sino que se debe analizar su impacto significativo en alguno de los escenarios mencionados.<sup>123</sup>

---

*hechas por el Relator Especial anterior, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* ¶ 39, Doc. O.N.U. A/HRC/12/34/Add.6 (5 oct. 2009) (por: James Anaya) [en adelante *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*].

118. Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú (7 jul. 2010), <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10194&LangID=S> [en adelante *Declaración pública del Relator Especial sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas*].

119. *Id.*

120. *Id.*

121. *Id.*

122. Véase *supra* notas 112-15 y el texto acompañante.

123. Véase *supra* notas 107-09, 118-120 y el texto acompañante.

Finalmente, cuando una comunidad indígena no da su consentimiento, su decisión es vinculante y no se puede dar el proyecto planteado por el Estado.<sup>124</sup> Este derecho, protegido internacionalmente por las reglas consuetudinarias de la Declaración, lo está también por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>125</sup>

*2. La facultad de los pueblos indígenas de suscribir acuerdos con los Estados de los que son parte*<sup>126</sup>

Las disposiciones más interesantes de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas son aquellas referentes a la facultad de los pueblos indígenas de suscribir “tratados, acuerdos y otros arreglos” con los Estados de los que son parte.<sup>127</sup> Valga como antecedente que en 1988 la Comisión de Derechos Humanos ordenó la realización de “Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y las Poblaciones Indígenas”<sup>128</sup> cuyo Informe Final fue entregado en 1999. El Relator encargado del referido Estudio, Miguel Ángel Martínez, entre sus principales conclusiones señaló que los tratados históricamente firmados con los pueblos indígenas seguían siendo vigentes,<sup>129</sup> y además, señaló que las organizaciones indígenas tiene interés en relacionarse con los Estados “mediante nuevos instrumentos negociados con plena participación de los pueblos indígenas. Esta idea es también la de los oficiales gubernamentales competentes de cierto número de países, entre los que figuran Canadá, Nueva Zelanda y Guatemala,”<sup>130</sup> afirmó Martínez, por lo que recomendó a los Estados la suscripción “de *tratados* (en este caso en su sentido más amplio), como elementos para la reglamentación de

---

124. Véase Corte Constitucional, octubre 29, 2009, Sentencia T-769/09, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.) en 35

125. Véase Convención Americana, *supra* nota 31.

126. Véase *infra* notas 127-139 y el texto acompañante.

127. Véase A.G. Res. 61/295, *supra* nota 2, art. 37.

128. Consejo Económico y Social [ECOSOC], Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/1999/20 (22 jun. 1999) (por: Miguel Alfonso Martínez), *disponible en* <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/treaties.htm> [en adelante *Estudio sobre los tratados*].

129. Véase *id.* ¶¶ 271-72, 274.

130. *Id.* ¶ 262.

unas *futuras* relaciones más positivas y menos antagonistas entre pueblos indígenas y Estados.”<sup>131</sup> Estas recomendaciones, junto a otros Seminarios que realizó el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 2003 y 2006,<sup>132</sup> parecen haber influenciado en el artículo 37 de la Declaración que señala que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.”<sup>133</sup>

En este artículo se refleja la aceptación del planteamiento de Martínez de que los tratados históricos mantienen vigencia y han de ser reconocidos por los Estados.<sup>134</sup> Pero además, los antecedentes del instrumento permiten deducir el alcance que da el instrumento a esta facultad de suscribir tratados.<sup>135</sup> Sobre si estos tratados, acuerdos, arreglos, pueden llegar a ser considerados de naturaleza internacional, señalan los antecedentes de la Declaración que los “tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos [entre] los Estados” y “los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, asuntos de preocupación, interés y responsabilidad internacional, y tienen carácter internacional,” no habiendo un impedimento de que sean internacionales estos acuerdos, su naturaleza (de derecho interno o internacional) y mecanismos de garantía dependería de la voluntad de las partes.<sup>136</sup> Pero además, el preámbulo de la Declaración afirma que estos instrumentos “sirven de base para el fortalecimiento de la asociación entre pueblos indígenas y Estados,”<sup>137</sup> por lo que proyecta a estos instrumentos para el fortalecimiento futuro de las relaciones con los Estados; es decir que no se trata solamente de garantizar la aplicación de tratados

---

131. *Id.* ¶ 298 (énfasis suplido).

132. Véase ECOSOC, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, *Informe del seminario sobre tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre Estados y pueblos indígenas*, Doc. O.N.U. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/7 (1 jun. 2004) (por: Wilton Littlechild), disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/indigenous/treaties.htm> [en adelante *Informe del seminario sobre tratados*].

133. A.G. Res. 61/295, *supra* nota 1, art. 37(1).

134. Véase *Estudio sobre los tratados*, *supra* nota 128, en ¶ 271; véase también *id.*

135. Véase *Informe del seminario sobre tratados*, *supra* nota 132.

136. Véase A.G. Res. 61/295, *supra* nota 1, en pmb.

137. *Id.*

internacionales históricos, sino que pueden suscribirse nuevos tratados, acuerdos o arreglos.

Para el antiguo miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas Para Cuestiones Indígenas, Bartolomé Clavero, la ausencia de mención de los textos constitucionales de los Estados, hace pensar que la Declaración invita a que sean *tratados* la nueva herramienta de entendimiento entre Estados y pueblos indígenas, pues el texto de la Declaración los menciona continuamente.<sup>138</sup> La práctica de estos tratados sería el modo más nítido en que las relaciones entre Estado y pueblos indígenas se vuelven bilaterales, cambia el modo histórico de decisión unilateral del primero sobre los segundos de manera decisiva, y pone al pueblo del Estado y al indígena en condiciones de igualdad.

Por un lado, es claro que la Declaración no obliga a los Estados a establecer tratados con los pueblos indígenas necesariamente, de hecho establece que a través de leyes se pueden limitar los derechos reconocidos en la Declaración.<sup>139</sup> No obstante, al reconocer que el Estado está obligado a cumplir tratados suscritos en el pasado; y además, reconocer que estos tratados pueden ser de naturaleza internacional; sumado al hecho de que manifiesta, que los tratados pueden fortalecer la relación de asociación entre Estados y pueblos indígenas, se puede concluir que la Declaración reconoce la capacidad jurídica de los pueblos indígenas de suscribir tratados internacionales con los Estados de los que son parte.

### III. LA BILATERALIDAD JURÍDICA FRENTE A LA PRESIÓN SOBRE LOS TERRITORIOS

#### A. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

Hemos dicho que uno de los casos en los que se aplica el derecho al consentimiento previo, libre e informado (según tanto la Corte

---

138. Véase Clavero, *supra* nota 1, en 11-12.

139. Véase A.G. Res. 61/295, *supra* nota 1, art. 46(2) (“En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.”).

Interamericana, como la Declaración) es en aquellos donde un proyecto a gran escala pone *en peligro la sobrevivencia física o cultural* de un pueblo indígena.<sup>140</sup> Los términos *peligro*, *sobrevivencia*, y *cultural* son conceptos jurídicos indeterminados. Los jueces al conocer casos donde se reivindique el derecho al consentimiento previo, libre e informado en la región, deberán recordar su “doble tarea: declarar el derecho y desarrollar el derecho,”<sup>141</sup> deberán desarrollar lo que significan esos términos. Deberán realizar además, una *interpretación evolutiva*,<sup>142</sup> pues los “tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales,”<sup>143</sup> señala la Corte Interamericana.<sup>144</sup>

En estos tiempos y según las condiciones de vida actuales, simultáneamente a la celebración de los avances en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con mucha fuerza se ejecutan planes de extracción de recursos naturales y creación de grandes obras de infraestructura que apuntan a los territorios de los pueblos indígenas interamericanos.<sup>145</sup> La Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA) es un programa de un grupo de proyectos de infraestructura entre doce países de Sudamérica (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela) que inició en el año 2000, con el objetivo de facilitar la integración regional y la salida de productos al mercado internacional.<sup>146</sup> El programa incluye 524 proyectos, entre ellos la creación o ampliación de: aeropuertos; interconexiones energéticas; carreteras; carboeléctricas; circulación ferroviaria; circulación vial; generación de energía nuclear; hidroeléctricas; pavimentación; puentes;

---

140. Véase *supra* notas 111-16 y el texto acompañante.

141. Caso Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran), 1952 C.I.J. 93, ¶ 132 (22 jul.) (Alvarez, voto disidente) (traducción por autor).

142. Véase *id.* ¶ 126.

143. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 125, ¶ 125 (17 jun. 2005).

144. *Id.*

145. Véase, por ejemplo, *infra* nota 148 y el texto acompañante.

146. Véase *Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana [IIRSA], Orígenes*, IIRSA.ORG, <http://www.iirsa.org/BancoConocimiento/O/origenes/origenes.asp?CodIdioma=ESP&CodSeccion=117> (visitada por última vez 15 ene. 2012).

estructuras; termoeléctricas; transporte multimodal; y túneles.<sup>147</sup> La Red de Defensa Jurídica de la Amazonía ha realizado un listado no exhaustivo, pero muy ilustrativo de los pueblos indígenas que resultarán o ya están siendo afectados por proyectos que se enmarcan en esta iniciativa,<sup>148</sup> en la cual 313 proyectos no han entrado en

---

147. *Vease IIRSA, Listado de Proyectos Ordenados Por Eje y Código, IIRSA.ORG*, [http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa\\_informe.pdf](http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa_informe.pdf) (visitada por última vez 15 ene. 2012) (añadiendo que también se contemplan proyectos de fibra óptica, unificación normativa energética, rehabilitación de calzada, redes de telecomunicación, acceso a ciudades, puertos de control fronterizo, interconexiones eléctricas, estaciones de transferencia, ampliación de infraestructura terrestre de puertos marítimos, puertos fluviales y marítimos).

148. 1) En Colombia los pueblos: Achagua (resguardo Turpial- La Victoria), Pueblo Sikuaní (Resguardos Corocito - Yopalito - Gualabo, Campoalegre-Ripialito), Piapoco (Resguardo Corozal - Tapajo), Pueblo Sáliva (Resguardo El Duya, San Juanito, Paravare, Saladillo, Macucua y Santa Rosalía), los resguardos de Río Muco, Río Guarrojo, Muco Mayoragua, San Luís del Tomo, Merey, La Veraita, Punta Bandera, Río Tomo y Río Weberi; pueblos Siona (resguardos Buena Vista, Piñuña, El Hacha, El Tablero), Inga (Resguardos Calarcá y la Paya), Uitoto (Resguardos Agua Negra y comunidad Tukunare), Tikuna (Resguardos Río Cotuhé y Putumayo) el Gran Resguardo Putumayo que afecta a las comunidades de Puerto Legízamo, Puerto Alegría, San Agustín, Tarqui, El Encanto, Puerto Colombia, Nueva Granada, Santa María, Santa Teresa, Puerto Belén, El Estrecho, Arica, Santa Catalina y Puerto Boyacá.

2) En Ecuador la nacionalidades: Shuar. Siona, Secoya, Cofán, Kichwa, Shuar, Waorani, Achuar y Andoa.

3) En Bolivia los pueblos: Takovo, Charagua Norte, Guaraní Kaaguasu, Kaipependi Karovo y Guaraní Kaami, Chiman, Movima, Cayubaba, Chacobo Pacahuara y Mojeno Ignasiano.

4) En Perú los pueblos: Achuar, Bora, Aguaruna, Candoshi, Huambisa, Shuar, Secoyas (Airo Pai), Kichwa, Huitotos y el pueblo en aislamiento voluntario Tagaeri-Taromenane, Panajuri, Arabella, Aushiris y Iscanahua; además del Parque Nacional Gueppi y las Reservas Comunales Airo Pai y Huimeki; y la pendiente de aprobación Reserva para Indígenas Aislados Napo-Tirgre; Shipibo, Amahuaca, Kichwa y Ese-Eja dentro de Madre de Dios y el pueblo Ashaninka de la selva central.

5) En Brasil, los pueblos indígenas: de Campinas, Katukina/Kaxinawa, Igarape do Caucho, Poyanawa, Jaminawa do Igarapé, Preto, Batelão, Lago do Correio, Mantintin, Betânia, São Sebastião, Espírito Santo, Estrela do Paz, Acapuri de Cima, Miratu, Tupã Supe, Porto Praia, Jaquiri, Ijarapé Grande, Marajai, Barreira da Missão y Cajuhiri Atravesado. Raposal Terra do Sol, Sao Marcos, Jaboti, Marroa Pium, Waimi – Atroari y Uaçalé II.

6) En Venezuela los pueblos indígenas: Akawayo, Pemón, Mapoyo, Hiwi, E Ñapa y Kariña.

7) En la Guyana Francesa los pueblos: Galibi y Arawuak de Calate.

*Véase Informe sobre el estado actual de aplicación de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la región*



ejecución todavía.<sup>149</sup> Más al norte (en República Dominicana, México, Guatemala, Belice, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y Colombia) el Proyecto Mesoamérica, antes llamado Plan Puebla Panamá, busca realizar una tarea de infraestructura similar donde se realizan obras de transmisión eléctrica, construcción de carreteras, pasos fronterizos, vías férreas, facilidades para el transporte aéreo, fluvial y marítimo.<sup>150</sup> Al tiempo que Latinoamérica en su conjunto sigue teniendo un papel importante actualmente en la explotación minera mundial<sup>151</sup> y en la hidrocarburífera,<sup>152</sup> cuenta con el 19.7% de las reservas comprobadas en el mundo.<sup>153</sup> Este impulso de la economía mundial en búsqueda de los recursos naturales en la región, apoyado claramente por los Estados con iniciativas como el IIRSA y el Proyecto Mesoamérica, pondrá a prueba—especialmente—el reconocimiento del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

La someramente descrita presión que existe sobre los territorios de

---

*amazónica de Colombia, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú; en relación con la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), RED DE DEFENSA JURÍDICA DE LA AMAZONÍA (mar. 2010), [http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa\\_informe.pdf](http://www.inredh.org/archivos/casos/iirsa_informe.pdf) [en adelante RAMA].*

149. Véase *Resumen de la Cartera IIRSA*, IIRSA.ORG, [http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/bdp\\_resumen\\_cartera\\_0111.pdf](http://www.iirsa.org/BancoMedios/Documentos%20PDF/bdp_resumen_cartera_0111.pdf) (visitada por última vez 15 ene. 2012) [en adelante Cartera IIRSA].

150. Véase *Proyecto Mesoamérica, Proyectos en Ejecución*, PROYECTO MESOAMÉRICA, [www.proyectomesoamerica.org](http://www.proyectomesoamerica.org) [en adelante Proyectos en Ejecución] (visitada por última vez 20 ene. 2012).

151. Véase *Oro en América Latina: lugar correcto, momento preciso*, MINING INTELLIGENCE SERIES, 1 (sept. 2007) (detallando que “[d]ado el escenario actual, América Latina parece destinada a jugar un papel protagónico en satisfacer la insaciable demanda por el metal amarillo. La región ha sido el destino predilecto de las empresas exploradoras de oro de todo el mundo durante más de un decenio (y es probable que siga siéndolo en 2012). De los 10 países que debían recibir dos terceras partes del presupuesto de exploración en oro en 2010, la mitad estaba en América Latina: México, Perú, Colombia, Brasil y Chile. En los próximos dos años 61 proyectos entrarán en operación en América Latina, los que sumarán cerca de 4 millones de onzas de oro provenientes tanto de ampliaciones como de proyectos nuevos” (énfasis suplido)).

152. Véase *British Petroleum Statistical Review of World Energy* [Repaso Estadístico de British Petroleum sobre la Energía Mundial], BRITISH PETROLEUM, 6 (Jun. 2012), [http://www.bp.com/liveassets/bp\\_internet/globalbp/globalbp\\_uk\\_english/reports\\_and\\_publications/statistical\\_energy\\_review\\_2011/STAGING/local\\_assets/pdf/statistical\\_review\\_of\\_world\\_energy\\_full\\_report\\_2012.pdf](http://www.bp.com/liveassets/bp_internet/globalbp/globalbp_uk_english/reports_and_publications/statistical_energy_review_2011/STAGING/local_assets/pdf/statistical_review_of_world_energy_full_report_2012.pdf) (traducción por autor) (visitada por última vez 28 ene. 2012).

153. *Id.*

los pueblos indígenas debe causar preocupación si se considera que la “evidencia muestra que los pueblos indígenas pagan el costo de los proyectos de extracción de recursos de manera desproporcionada, y las consecuencias en los derechos humanos incluyen pérdida de sus territorios y tierras tradicionales, desalojo, migración y eventual desplazamiento, agotamiento de los recursos necesarios para la sobrevivencia física y cultural, destrucción y polución de su medio ambiente tradicional, desorganización social y comunitaria, e impactos a largo plazo de salud y nutrición, así como, en algunos casos, maltrato y violencia,”<sup>154</sup> según afirma el informe único sobre la situación de los indígenas en el mundo de la ONU.<sup>155</sup>

La existencia de esta presión por realizar actividades extractivas a gran escala u obras de infraestructura para el desarrollo de gran impacto en territorios indígenas, junto a las consecuencias de estos proyectos que describe este Informe, marca “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y tienen dos consecuencias en la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas.<sup>156</sup>

En primer lugar, la interpretación contemporánea de cuándo un proyecto constituye un *peligro para la sobrevivencia* de un pueblo indígena – y por tanto se debe exigir su consentimiento – debe ser la más amplia imposible, si no se quiere faltar al objetivo de que no se acabe con su vida cultural.<sup>157</sup> En segundo lugar, el Juez De Roux Renjifo señalaba que “los tribunales internacionales pueden fundar en gran medida sus decisiones en pruebas o indirectas, en indicios y presunciones, siempre que estos medios puedan dar pie a

---

154. O.N.U. Secretariat of the Permanent Forum on Indigenous Issues (Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas), *State of the World's Indigenous Peoples [El Estado de las Poblaciones Indígenas del Mundo]*, United Nations, 88, O.N.U. Doc. ST/ESA/328, 16-18 (2009), [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP\\_web.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_web.pdf) [en adelante *El Estado de las Poblaciones Indígenas del Mundo*] (traducción por autor) (aduciendo que aunque algunos países han promulgado leyes mineras, empresas mineras todavía tienen pocos requisitos de protección ambiental y social).

155. Véase *id.*

156. Véase Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, Corte IDH (ser. C) No. 125, ¶ 125 (declarando que la evolución de los tiempos dicta la interpretación de tratados de derechos humanos).

157. Véase Corte Constitucional, 29 oct. 2009, Sentencia T-769/09, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.) en 35.

conclusiones sólidas sobre los hechos.”<sup>158</sup> El contexto de fragilidad en que se encuentran los pueblos indígenas en la región dada la referida presión económica sobre sus territorios, permitiría que un tribunal de derechos humanos fundamente – en gran medida pero no totalmente – la existencia de un *peligro de sobrevivencia cultural* a partir de dicho contexto y los precedentes de daño cultural han existido.

#### IV. CONCLUSIÓN Y COMENTARIO

Los pueblos indígenas son sujetos parciales de la comunidad internacional, de acuerdo al alcance y límite de los instrumentos internacionales vigentes, pero que progresivamente ganan un rol a partir de la existencia de tratados jurídicamente vinculantes que les garantizan derechos y además establecen procedimientos internacionales que les permiten exigirlos, incluso procedimientos jurisdiccionales. La piedra angular de todos los derechos de los pueblos indígenas es el derecho a la libre determinación por el cual son ellos mismos los llamados a decidir su futuro en convivencia con el Estado del que son parte. En el contexto poscolonial de la comunidad internacional, las reglas que guían la aplicación de este derecho están formuladas por la Declaración de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

Las disposiciones de la Declaración son jurídicamente vinculantes para los Estados en cuanto cristalizan una costumbre internacional, y específicamente, para los Estados que han ratificado la Convención Americana, aquellas disposiciones que han sido recogidas por la CrIDH en sus fallos. El cambio más importante que producen las disposiciones de la Declaración es que prescriben que las relaciones entre los Estados y los pueblos indígenas tiendan a ser bilaterales, reconociendo para eso el derecho de los pueblos indígenas al consentimiento previo, libre e informado, así como su facultad de suscribir tratados con los Estados que son parte. Si bien los Estados no están obligados a suscribir tratados con los pueblos indígenas, la Declaración deja abierta esta herramienta para interrelacionarse.

Pese a estos avances, para que los pueblos indígenas puedan hacer

---

158. Caso Durand y Ugarte v. Perú, Excepciones Preliminares, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 68, (16 ago. 2000) (Juez de Roux Rengifo, parcialmente disidente).

ejercicio pleno de sus derechos territoriales, el derecho al consentimiento previo, libre e informado deberá servir de garantía para que la presión de la economía mundial no los despoje de sus territorios. Si esto se busca deberá realizarse una interpretación amplia de los casos donde se encuentra en *peligro de supervivencia cultural* un pueblo, que es la circunstancia en que se requiere el consentimiento del pueblo indígena para aprobar cualquier proyecto que afecte su territorio. Se trata de quitarle ese rasgo de excepcionalidad, al derecho al consentimiento previo libre e informado, porque las amenazas a los territorios de los pueblos indígenas y su supervivencia cultural no son excepciones, sino muy comunes. Del ejercicio común y no excepcional del derecho al consentimiento previo, libre e informado, dependerá la libre determinación de los pueblos de la región.