

El enfoque extractivo del derecho ambiental y los desafíos del concepto de “pueblos indígenas”

Extractive Environmental Law Approach and the Challenges of “Indigenous Peoples” Concept

Luis A. López Zamora *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El contenido jurídico de “pueblos indígenas”.* III. *El derecho ambiental en el derecho internacional, su reconocimiento, desarrollo y la relevancia de su técnica para el derecho de los pueblos indígenas.* IV. *El derecho de los pueblos indígenas a la luz de la lógica de los proyectos extractivos.* V. *Conclusiones.*

* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP; adjunto de docencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)-Derecho Internacional. Igualmente, abogado ambientalista, minero y energético que ha realizado su práctica privada en las principales firmas de abogados de Lima y consultoría a las principales empresas extractivas del Perú. Además, ha realizado labores de investigación en derecho internacional en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP) de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP.

Artículo recibido el 2 de febrero de 2013
Aprobado para publicación el 11 de septiembre de 2013

RESUMEN: El derecho de los pueblos indígenas es una de las ramas del derecho internacional que mayor énfasis y desarrollo ha tenido en los últimos años. Su conexión con el derecho ambiental ha sido saltante en la jurisprudencia de los sistemas de protección de derechos humanos, en especial, en la práctica llevada a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A pesar de ello, aquellos avances encuentran fuertes limitaciones como consecuencia de la indeterminación del término “pueblos indígenas”. Esta indeterminación legal, defendida como necesaria para no excluir a ciertos grupos de aquel marco de protección demuestra tener un costo importante para la efectivización de aquel cuerpo legal en el orden interno de los Estados. Con el fin de hacer evidente aquel efecto y, a su vez, abogar por el establecimiento de elementos de definición, utilizaremos el conocimiento existente en el derecho ambiental, específicamente, respecto a los proyectos extractivos y de inversión. Este enfoque permitirá detectar efectos contraproducentes generados por la falta de definición de dicho concepto.

Palabras clave: derecho de los pueblos indígenas, derecho ambiental internacional, actividades extractivas, derechos humanos, estudio de impacto ambiental, consulta previa, proyectos de inversión, Convenio núm. 169 OIT, minería, energía.

ABSTRACT: Indigenous Peoples Law is one of the branches of International Law that has had greater emphasis and development in recent years. Its connection with Environmental Law has been remarkable in the case-law product of human rights protection systems, especially in the Inter-American Court of Human Rights one. However, those advances face severe limitations due to the indeterminacy of the concept “indigenous peoples”. This legal indeterminacy, defended as necessary to avoid the exclusion of certain groups from that framework demonstrates a significant cost to the legal corpus effectiveness in the domestic legal order of States. In order to make clear that effect and in turn advocate for the establishment of a definition, we use existing knowledge in Environmental Law, specifically regarding investment and extractive projects. This approach will detect counterproductive effects generated by the lack of definition of the concept.

Descriptors: indigenous peoples law, international environmental law, extractive industries, human rights, environmental impact assessment, prior consultation, investment projects, ILO Convention No.169, mining, oil and gas.

RÉSUMÉ: Le droit des peuples indigènes est une des branches du droit international qui a eu le plus emphase et développement dans les dernières années. Leur connexion avec le droit de l'environnement a été remarquable dans la jurisprudence des systèmes de protection de droits de l'homme, spécialement dans la pratique effectuée par la Cour interaméricaine de droits de l'homme. En dépit de ça, ces avances trouvent fortes limitations comme conséquence de l'indétermination du terme «peuples indigènes». Cette indétermination légale, défendue comme nécessaire pour ne pas exclure certains groupes du ce cadre de protection démontre avoir un coût important pour l'efficacité de ce corps légal dans l'ordre interne des États. Dans le but de mettre en évidence cet effet et, en même temps, plaider pour l'établissement des éléments de définition, on utilisera la connaissance existant dans le droit de l'environnement, spécifiquement, par rapport aux projets extractifs et d'investissement. Cette approche permettra de détecter effets contre-productifs générés par le manque de définition de ce terme.

Mots-clés: droit des peuples indigènes, droit de l'environnement international, activités extractives, droits de l'homme, étude d'impact environnemental, consultation préalable, projets d'investissement, Convention 169 OIT, minière, énergie.

I. INTRODUCCIÓN

Las reivindicaciones indígenas han adquirido una fuerza inusitadamente fuerte en nuestros días; sus reclamos han logrado variar políticas estatales, la reconfiguración y reenfoque de proyectos de inversión, el reconocimiento por parte de las autoridades de la exclusión que estos grupos enfrentan y —tal como expone Champagne en su obra—¹ el develamiento de la falsedad de la supuesta homogeneidad social en diferentes Estados alrededor del mundo.

Tomando como ejemplo el continente americano y, en específico, la actividad llevada a cabo por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entre los años 2010 y 2013, puede observarse que los reclamos efectuados por estos grupos (y que han sido ventilados en sus audiencias) han incluido materias sumamente disímiles que van desde la pobreza que enfrentan, producto de la afectación de su derecho a obtener recursos naturales;² a las afectaciones de su integridad personal³ y salud, como la restricciones de sus derechos a desarrollar sus costumbres ancestrales dada la puesta en marcha de políticas asimilacionistas.⁴

Otras denuncias señalan la apropiación de sus tierras para su posterior cesión a terceros, con el fin de que se ejecuten actividades extractivas;⁵

¹ Champagne, Duane, *Social Change and Cultural Continuity Among Native Nations*, UK, Altamira Press Plymouth, 2007.

² De las zonas que ellos consideran ancestrales y, por tanto, de su pertenencia. Al respecto, véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 140 Periodo de Sesiones (28 de octubre de 2010. Situación de derechos humanos de los afro-caribeños, campesinos e indígenas del Cantón de Talamanca en Costa Rica).

³ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 143 Periodo de Sesiones (25 de octubre de 2011 —Petición 273/05— Comunidad indígena *Nam Qom* del Pueblo Toba, Argentina).

⁴ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 140 Periodo de Sesiones (29 de octubre de 2010. Situación de niños y niñas indígenas en escuelas de Estados Unidos).

⁵ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 144 Periodo de Sesiones (28 de octubre de 2011. Denuncias sobre mujeres y niñas indígenas desaparecidas y asesinadas en British Columbia, Canadá).

otras reclaman la situación de vulnerabilidad a la que están expuestos por la falta de reacción estatal para detener acciones dirigidas en contra de ellos o en contra de los recursos presentes en sus territorios.⁶

Finalmente, otras van dirigidas a reclamar derechos más complejos; por ejemplo, hacen referencia al derecho que tienen a dar su consentimiento previo e informado para el desarrollo de actividades privadas (incluyendo extractivas o de impacto regional),⁷ o la importancia de ser escuchados antes de que los Estados aprueben sus políticas energéticas o de explotación de recursos⁸ o, en el caso de poblaciones indígenas no contactadas, a no ser influidas por los Estados en donde se encuentran ubicados.⁹

Estos ejemplos, que provienen de la CIDH —que es uno de los diferentes foros internacionales en donde se exponen las afectaciones de los derechos de los pueblos indígenas— evidencian que esta problemática ha ido complejizándose y, además, ha ganado representatividad geográfica.

En relación con esto último, en las audiencias de la CIDH antes mencionadas se han ventilado casos que involucran actos u omisiones realizados en las jurisdicciones de prácticamente todos los Estados de la región. Esto nos muestra que los reclamos de estos grupos representan una materia que el derecho internacional de los derechos humanos debe resolver de forma urgente,¹⁰ en un clima que lejos de facilitar la negociación tiende a una fuerte polarización.

⁶ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 144 periodo de sesiones (23 de marzo de 2012. Derecho a la propiedad colectiva de las tierras de los pueblos indígenas en Panamá).

⁷ Al respecto, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 138 periodo de sesiones (19 de marzo de 2010. Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en la región amazónica y ejecución de proyectos de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA).

⁸ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 140 periodo de sesiones (26 de octubre de 2010. Derechos de los pueblos indígenas y política energética y extractiva en Perú y 140 Periodo de Sesiones (29 de octubre de 2010. Situación de derechos humanos de las comunidades indígenas afectadas por las actividades de la industria minera en la región andina).

⁹ Al respecto, véase 141 periodo de sesiones (25 de marzo de 2011. Situación de los pueblos en aislamiento voluntario en la Región Amazónica y el Gran Chaco).

¹⁰ No es una casualidad que mediante Resolución de Asamblea General de Naciones Unidas 59/174, se haya proclamado el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo (2005-2015). Véase <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/486/73/PDF/N0448673.pdf?OpenElement>.

Este incremento de reclamos, sin embargo, no involucra en todos los casos la violación del “derecho de los pueblos indígenas”. En muchos casos, esta situación hace referencia a un cúmulo de circunstancias que podría calificarse como “problemática indígena”; la misma que puede envolver violaciones generales a los derechos civiles y políticos, o económicos, sociales y culturales de aquellas poblaciones tal y como ocurriría con el derecho de cualquier ciudadano.

Sólo en algunos casos esta problemática hace referencia a la violación de los derechos que les son aplicables específicamente a ellos y que provienen de la reinterpretación del derecho internacional de los derechos humanos a sus circunstancias. Esta práctica reinterpretativa responde a la finalidad de flexibilizar el contenido de los derechos humanos clásicamente concebidos para acercarlos a secciones de la población que tienen una visión particular de lo que significan sus derechos.

No obstante, esta reinterpretación “indigenista” de los derechos humanos es efectuada sin un concepto claro de qué significa ser “pueblo indígena”. La presente investigación tiene como finalidad explorar las consecuencias de esta deficiencia; es decir, pretende describir las consecuencias relativas a construir, o intentar construir, un cuerpo legal como el derecho de los pueblos indígena sobre la base de un concepto estructural del mismo de contenido incierto.

Ahora bien, la revisión que efectuaremos no pretende realizarse en un contexto multidimensional sobre la realidad de las poblaciones indígenas, y es que los desafíos de la “problemática indígena” rebazan el objeto de análisis que pretendemos efectuar. Nuestro fin, más modesto, se limita a analizar la dimensión legal de aquella problemática y, específicamente, los elementos legales propios del derecho de los pueblos indígenas en tanto impactado por la falta de una definición del grupo que tutela. Para este fin, tendremos en cuenta las ventajas de adoptar la perspectiva extractivista proveniente del derecho ambiental que ha sido reconocida en los últimos años por el derecho internacional. Bajo dicha aproximación los efectos de no contar con una noción de “pueblos indígenas” se harán más evidentes.

En ese sentido, iniciaremos con una introducción a la positivización del derecho de los pueblos indígenas en el derecho internacional.

II. EL CONTENIDO JURÍDICO DE “PUEBLOS INDÍGENAS”

1. *Los primeros avances de su positivización*

El primer avance dirigido a la positivización del derecho de los pueblos indígenas se concretizó en el Convenio núm. 169, Convenio Sobre Pueblos Indígenas y Tribales (Convenio núm. 169), adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1989.¹¹ Según lo establecido en aquel instrumento, los sujetos que estarían protegidos serían por un lado, (a) los “pueblos tribales” y, por el otro, (b) los “pueblos indígenas”.

Respecto a los “pueblos indígenas”, el Convenio núm. 169 señala que estos son aquellos que descenden de la población que habitaba un determinado país o región en la época de la conquista o colonización, que conserva todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas.¹² Se agrega que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplicarán las disposiciones del presente Convenio.¹³ Como la propia OIT ha reconocido, el Convenio núm. 169 no establece una definición de “pueblos indígenas”; por el contrario “... adopta un enfoque práctico proporcionando solamente criterios para describir los pueblos que pretende proteger”.¹⁴

Más de 15 años después, el segundo gran avance en la regulación del derecho de los pueblos indígenas, la Declaración de las Naciones Unidas

¹¹ Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Ginebra, 76a Reunión CIT (27 junio 1989); entró en vigencia en 1991. Cabe resaltar que el antecedente de ésta fue el Convenio núm. 107, Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semi-tribales en los países independientes de 1959. Sobre los alcances, críticas y desafío de la aplicación del Convenio 169, véase Yupsanis, Athanasios, “The International Labour Organization and Its Contribution to the Protection of the Rights of Indigenous Peoples”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 29, 2001, pp. 117-175.

¹² *Ibidem*, artículo 1.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Según se señala en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>.

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007,¹⁵ tampoco brindó una definición de aquellos grupos. En este caso, la naturaleza de dicho instrumento (de declaración) exime hasta cierto punto la incorporación de una definición concreta.

Como es evidente, el problema con la adopción de una terminología concreta de “pueblos indígenas” se produce por la función que este concepto desempeña. Una definición muy estrecha excluiría pueblos y comunidades del ámbito de protección de aquel cuerpo legal, pues la realidad de cada Estado influenciará la calificación de un grupo como tal; pero, por otro lado, dejar sin contenido el más básico de los conceptos de dicho cuerpo normativo hace que éste sea impracticable para un variado número de casos.

Ahora bien, en una realidad divergente como es la del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶ en donde existe una multiplicidad de tratados que regulan fraccionadamente los derechos fundamentales de las personas (regional y universalmente) y, por tanto, en superposición, y, en donde existe un conjunto de tribunales u órganos que interpretan aquellos acuerdos, sin una estructura jerárquica unificadora; afirmar la falta de un concepto de “pueblos indígenas” nos enfrenta a tener que determinar si en el complicado entramado del derecho internacional de los derechos humanos no se ha construido, formal o informalmente, aquel concepto.¹⁷ Y, en caso que se hayan producido algunos avances, a tenerlos en cuenta.

¹⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Resolución de Asamblea General 61/295 - A/61/L.67 y Add.1, adoptado el 10 de diciembre de 2007.

¹⁶ En relación con la fragmentación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, véase de forma general: Fuentes, Carlos Iván *et al.*, “E Pluribus Unum- Bhinneka Tunggal Ika? Universal Human Rights and the Fragmentation of International Law”, en Provost, René y Sheppard, Colleen (eds.), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice – Dialogues on Human Rights and Legal Pluralism*, Springer, 2013, pp. 37-68, y Pinto, Monica, “Fragmentation or Unification Among International Institutions: Human Rights Tribunals”, *New York Journal of Law and Politics*, vol. 31, núm. 4, 1998. pp. 833-842.

¹⁷ La verificación que realizaremos se circunscribirá a determinar si en el derecho internacional se ha establecido una definición de “pueblos indígenas” de forma expresa (*lex scripta*), sea en un instrumento obligatorio o en uno declarativo, o bien por la incorporación de una definición por parte de un tribunal internacional. No pretendemos agotar otras formas en las que una definición de “pueblos indígenas” podría haber ingresado a la fenomenología del

2. Los avances en el sistema universal: ¿se han establecido los elementos del concepto “pueblos indígenas”?

El sistema universal de protección de derechos humanos (sistema universal) es el conjunto de reglas (vinculantes y/o declarativas) que regulan los derechos de las personas en el marco de las Naciones Unidas. Los instrumentos de este sistema tienen por lo general una tendencia a la universalización, al encontrarse abierto a la incorporación de la totalidad de los Estados.

Este no constituye el espacio para referirnos al funcionamiento y composición de aquel sistema. Si bien existen instancias especializadas en materia de pueblos indígenas en el sistema universal, la naturaleza de estos órganos y sus mandatos imposibilita que los mismos puedan proveer de contenido al concepto de “población indígena”.¹⁸

Por lo tanto, el siguiente paso es revisar la jurisprudencia del sistema universal; especialmente, la generada por el Comité de Derechos Humanos (Comité DH)¹⁹ encargado de supervisar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).²⁰ Debe indicarse que este instrumento no incluye provisiones expresas sobre el derecho de los pueblos indígenas, por ello, el Comité DH ha reconducido la peculiaridad

derecho internacional (por ejemplo, vía la generación de una norma consuetudinaria) lo cual requeriría una investigación particular de la materia.

¹⁸ También denominado Sistema de Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Sobre su funcionamiento, véase de forma general: Medina, Cecilia y Mera, Jorge (eds.) *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996. Si bien este no es el espacio para profundizar en este sistema, cabe mencionar tres ámbitos creados en el Sistema Universal que tratan específicamente materias del Derecho de los Pueblos Indígenas. En primer lugar, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (el Foro o el FPCI); la Relatoría Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (Mecanismo de Expertos).

¹⁹ El Comité de Derechos Humanos fue establecido mediante el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual indica: “1. Se establecerá un Comité de Derechos Humanos (en adelante denominado el Comité)”.

²⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado, abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

de estos grupos a las provisiones del PIDCP referidas al derecho de las minorías. Con esta técnica, el Comité DH ha resuelto algunos casos de interés.

Por ejemplo, en la decisión en el caso *Lubicon Lake Band v. Canadá* de 1990 (caso *Lubicon*),²¹ el Comité DH determinó la no la aplicación del artículo 1o., párrafo 1, del PIDCP que fuese alegado como vulnerado por el peticionario.²² De no haber sido descartada la aplicación del artículo 1o. se habría tenido que interpretar el alcance del término “pueblos”, ya que el Estado alegó que el *Lubicon Lake Band* no constituía un pueblo en el sentido del artículo 1o. del PIDCP.²³ No obstante esto, el Comité DH aún tenía en frente un caso relativo a pueblos indígenas, por lo que, a falta de disposición expresa referidas a dichos grupos, reconduce su protección mediante el artículo 27 del PIDCP. Dicho artículo reconoce el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas existentes en los Estados a desarrollar su propia vida cultural.²⁴

Por ello, aunque el Comité DH no establece criterios para identificar qué será considerado “pueblo”, sí efectúa una descripción del interesado para circunscribirlo como un caso de pueblos indígenas; indicando:

En tanto su territorio es relativamente inaccesible, ellos han tenido, hasta hace poco, poco contacto con la sociedad no indígena. Los miembros de *Band* hablan Cree como su lengua primigenia. Muchos de ellos no hablan ni escriben inglés. Los *Band* aún mantienen su cultura tradicional, religión, política, estructura y economía de subsistencia.²⁵

Posteriormente, el Comité DH analizaría de forma más directa los contornos del término “pueblos indígenas” en el caso *Ivan Kitok v. Suecia*.

²¹ Comité de Derechos Humanos. *Lubicon Lake Band v. Canada* (Comunicación núm. 167/1984)-U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/45/40) at 1 (1990). El caso hace referencia a la potencial afectación del derecho de los pueblos indígenas en Canadá, debido al desarrollo de actividades extractivas. Véase *Supra* Nota 11.

²² *Ibidem*, para. 2.1 y 2.3.

²³ *Ibidem*, para. 6.1.

²⁴ *Ibidem*, para. 32.2.

²⁵ *Ibidem*, para. 2.2, traducción del autor.

En esta oportunidad, tuvo que resolverse la potencial infracción de los artículos 1o. y 27 del PIDCP, dada la expedición de legislación doméstica que reconocía que una persona de origen indígena —aunque étnicamente fuese tal— pudiese ser excluida de su grupo comunal si se presentaban determinadas circunstancias.²⁶

El caso demuestra que la categorización de una persona como indígena tiene relevancia legal. Y aunque la mayor controversia se centra en la posibilidad de que un Estado pueda determinar la aplicabilidad o no del derecho de los pueblos indígenas a una sección de la población (al decidir si objetivamente es o no indígena); en el presente caso aquella calificación la realizó la propia comunidad para excluir a una persona étnicamente similar, pero que por circunstancias fácticas y legales era parcialmente indígena y, por tanto, con derechos restringidos sobre los recursos del territorio comunal.²⁷

El Comité DH, en este caso, concluye que los objetivos perseguidos por la legislación sueca eran razonables y consistentes con el artículo 27 del PIDCP (respeto a la decisión de la comunidad),²⁸ sin embargo, el órgano tuvo algunas dudas²⁹ respecto a la legitimidad de ignorar criterios objetivos de etnicidad al momento de determinar la pertenencia de un individuo a una minoría.

Después de analizar las circunstancias del caso, el Comité DH concluyó que la legislación sueca era proporcional, pues el fin perseguido era el respeto de las decisiones comunales;³⁰ no obstante, señala:

²⁶ Comité de Derechos Humanos, *Ivan Kitok v. Sweden* (Communication No. 197/1985) - CCPR/C/33/D/197/1985 (1988). La materia analizada es relevante para la coyuntura indígena de nuestros días, pues hace referencia a la posibilidad de que la pertenencia a un “pueblo indígena” no se sustente puramente en criterios étnicos sino además en el reconocimiento, como tal, por parte de la comunidad y, por tanto, sujeto a ciertos criterios objetivos.

²⁷ *Ibidem*, para. 4.3. El Estado señaló en sus alegatos: “*As is evident from the legislation, the Reindeer Husbandry Act aims at protecting and preserving the Sami culture and reindeer husbandry as such. The conflict that has occurred in this case is not so much a conflict between Ivan Kitok as a Sami and the State, but rather between Kitok and other Sami*”.

²⁸ *Ibidem*, para. 9.5.

²⁹ *Ibidem*, para. 9.6.

³⁰ *Ibidem*, para. 9.7.

(a)l resolver este problema, en donde existe un aparente conflicto entre la legislación, que al parecer tiene por finalidad proteger el derecho de la minoría como un todo, y la aplicación del mismo a un miembro de aquella minoría, el Comité ha de guiarse por la *ratio decidendi* del caso *Lovelace*... es decir, que la restricción al derecho de un individuo perteneciente a una minoría debe tener una justificación razonable y objetiva y ser necesaria para la continuidad y viabilidad y el bienestar de la minoría como un todo.³¹

Sobre la base de este criterio, el Comité DH concluye que la legislación sueca era proporcional y no conllevaba la vulneración del artículo 27 del PIDCP.

Por su parte, en el caso *Diergaardt v. Namibia* (o *Comunidad Baster v. Namibia*) el Comité DH dio revisión a la potencial violación del artículo 27 del PIDCP, por la disolución de la capacidad de autogobierno de la Comunidad Baster y la expropiación y posterior privatización de sus tierras comunales.³² Para los propósitos del presente artículo, es de resaltar el hecho de que la Comunidad Baster denunció la violación del artículo 27 del PIDCP, específicamente, por la pérdida de sus tierras, lo cual implicaba para ellos, la limitación de su vida comunal y la imposibilidad de desarrollar su vida cultural. Sin embargo, la Comunidad Baster presentaba una particularidad, se encontraba conformada por individuos no indígenas (sino mestizos).³³

Si bien el artículo 27 del PIDCP hace referencia al derecho de las minorías y, así, su aplicación no está restringida a las poblaciones indígenas, la técnica del Comité DH de vincular el derecho de propiedad y los recursos naturales con el derecho a desarrollar la “propia cultura” es una técnica importante para las poblaciones indígenas dada la conexión

³¹ *Ibidem*, para. 9.8. Traducción del autor.

³² Comité de Derechos Humanos. J.G.A Diergaardt (late Captain of the Rehoboth Baster Community) v. Namibia (Communication No. No. 760/1997) – Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol, volume 7, Sixty-sixth to seventy-fourth sessions (July 1999-March 2002).

³³ Específicamente, descendiente de la población indígena Khoi y de pobladores afrikáans (la mayor parte de dichas personas son producto del mestizaje entre poblaciones africanas y colonos europeos) quienes originalmente vivían en la zona del cabo y quienes se trasladaron al territorio bajo disputa en 1872. *Ibidem*, para. 2.1.

entre esas poblaciones y sus territorios. Esto queda confirmado en palabras del Comité DH cuando señala:

Similar a la jurisprudencia previa del Comité, el derecho de los miembros de una minoría a disfrutar su cultura, según lo establecido en el artículo 27, incluye la protección de una forma de asociación con el uso de los recursos superficiales mediante actividades económicas como la caza y la pesca, especialmente en el caso de los pueblos indígenas.³⁴

Por ello, aunque el Comité DH no hace un análisis expreso del estatus de la Comunidad Baster como un pueblo, sino como una minoría, sus alcances son destacables.

Finalmente, el Comité DH concluyó que no había fundamentos para que el autor invocara el artículo 27 del PIDCP, pues, aunque el vínculo entre la Comunidad Baster y los territorios bajo cuestión se remontaban a 125 años, aquella relación con la tierra no era de tal naturaleza que haya generado una cultura distintiva.

De esta forma, se va consolidando una postura de que las poblaciones indígenas o minoría para estar bajo la protección de un régimen especial (cultural) deben demostrar no sólo una relación temporal o puramente económica con el territorio en el que se encuentran, como bien identificaron Medina y Evatt,³⁵ sino una vinculación especial, tal, que genere una cultura distintiva y sin la cual su vida cultural simplemente se extinguiría.

Sobre la base de estos avances en la jurisprudencia, no pareciera que en el sistema universal la primera opción para identificar a los “pueblos indígenas” sea aceptar la autoidentificación del grupo como tal. Tanto para la identificación de un grupo, como indígena o minoría se requiere un cuidadoso análisis, pues su utilización no está exenta de posibles abusos.

Finamente, en el caso *Poma Poma v. Perú* de 2006, el Comité DH tuvo que analizar la posible afectación (por parte del Estado peruano) del artículo 27 del PIDCP, como consecuencia del rencauce de recursos

³⁴ *Ibidem*, para. 10.6, traducción del autor.

³⁵ Véase opinión individual concurrente de Cecilia Medina y Elizabeth Evatt.

hídricos que irrigaban humedales y áreas de pastoreo de ciertas comunidades aymaras, las mismas que constituía el sustento de sus animales.³⁶

El Comité DH señaló que los derechos establecidos en el artículo 27 podrían estar en juego y reafirmó que dichos derechos son especialmente relevantes para el caso de las poblaciones indígenas, los cuales, por su conexión especial con la tierra, pueden verse privados de actividades económicas que para ellos implican manifestaciones culturales que sólo pueden verse protegidas mediante aquella provisión. De esta forma, el Comité DH procedió a determinar si Poma Poma era parte de una minoría (o pueblo indígena), aun cuando Poma Poma no alegó la violación del artículo 27.

El Comité DH señaló que es incontrovertible el hecho de que Poma Poma es parte de una minoría étnica, enfatizando el hecho de que se dedicaba a criar llamas, actividad que es un elemento esencial de la cultura de la comunidad Aymara, en tanto forma de subsistencia y una tradición ancestral pasada de generación en generación. De esta forma, el Comité DH reafirma, como criterio de aplicación del artículo 27 del PIDCP, la presencia de una conexión entre el solicitante, su tierra y su cultura.³⁷

3. *Los avances jurisprudenciales en el sistema europeo y sistema africano: ¿se han establecido los elementos del concepto “pueblos indígenas”?*

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³⁸ ha contribuido al avance general del derecho internacional de los derechos

³⁶ Human Rights Committee. *Angela Poma Poma v. Peru* (Communication No. 1457/2006) – U.N. Doc. CCPR/C/95/D/1457/2006 –Ninety-fifth session. 16 de marzo al 9 de abril de 2009.

³⁷ Cabe indicar que esta decisión se dio cuando la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ya había sido adoptada, sin embargo, no parece haber modificado los criterios que por más de dos décadas viene desarrollando el Comité DH. Para un análisis sobre el contexto en el que el caso Poma Poma fue resuelto, véase: Gocke, Katja “The Case of Ángela Poma Poma v. Peru before the Human Rights Committee - The Concept of Free Prior and Informed Consent and the Application of the International Covenant on Civil and Political Rights to the Protection and Promotion of Indigenous People’s Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010. pp. 337-370.

³⁸ Establecido por el artículo 19 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

humanos, en materia de pueblos indígenas este mismo impulso no se ha producido.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)³⁹ ni sus protocolos incluyen cláusulas expresas sobre el derecho de las poblaciones indígenas. Si bien esto ha motivado al TEDH a efectuar una interpretación expansiva del CEDH, éste lo ha efectuado de forma conservadora.

Y, aunque pueda coincidirse con Timo Koivurova,⁴⁰ en el sentido de que en el marco del sistema europeo de derechos humanos (SEDH) las poblaciones indígenas han utilizado el CEDH para sustentar potenciales violaciones a sus derechos,⁴¹ esto podría calificarse como su acceso a aquel sistema con el fin de que sus derechos sean resguardados desde el enfoque general de los derechos humanos. En realidad, esto no habría significado el surgimiento de una línea jurisprudencial que desarrolle interpretaciones o alcances del derecho de los pueblos indígenas.

Basta mencionar uno de los casos más importantes en la materia. Nos referimos al caso *Handölsdalen Sami Village y Otros v. Suecia*,⁴² denuncia presentada por la población Sami (reconocida como indígena en Suecia, Finlandia, Noruega y Rusia). En aquella oportunidad el TEDH no mencionó la palabra indígena una sola vez, situación que no pasó desapercibida por el juez Ziemele, quien incluyó el término en su opinión parcialmente divergente y desde el cual relativizó el contenido común de los derechos reconocidos en el CEDH al contexto del pueblo Sami.⁴³

En contraste a este tratamiento, cauteloso, la práctica en el sistema africano de derechos humanos (SADH) ha sido fructífera. Las diferencias se hacen notar desde un inicio en tanto el principal instrumento de

³⁹ Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), Roma, 4 de noviembre de 1950.

⁴⁰ Koivurova, Timo "Jurisprudence of the European Court of Human", *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 18, 2011. pp. 8 y 9.

⁴¹ Al respecto, véase Koivurova, *cit.*, pp. 9-20.

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden (Judgment)* - Application No. 39013/04. 30 de marzo de 2010.

⁴³ Véase: *Partly Dissenting Opinion of Judge Ziemele*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Handölsdalen Sami Village and Others v. Sweden (Judgment)*-Application N° 39013/04. 30 de marzo de 2010.

protección de la persona en aquel sistema incorpora la categoría de derechos colectivos (culturales) junto con la de los derechos individuales.

De esta forma, en la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP),⁴⁴ también conocida como Carta de Banjul, se han incorporado cláusulas clásicas del derecho de los individuos (artículo 2o. al 17) conjuntamente con provisiones referidas al derecho de los pueblos (artículo 19 al 24). Así, un “individuo” o “pueblo” tienen la posibilidad de denunciar la vulneración de su derecho de propiedad a través del artículo 14 de la CADHP, en el que se establece dicho derecho desde un enfoque “clásico” o, alternatively, mediante la aplicación del artículo 21 de la CADHP que incluye la noción de propiedad sobre los recursos naturales de los pueblos.

Cabe indicar que este sistema está compuesto por dos órganos que interpretan la CADHP: a) la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Comisión Africana) y b) la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Corte Africana DH).⁴⁵ Ahora bien, la Corte Africana DH ha resuelto pocos casos en relación con el fondo de lo solicitado;⁴⁶ la mayor parte de los casos que ha analizado han sido resueltos en etapa de admisibilidad, por lo que nos centraremos en la producción de la Comisión Africana.

El primer caso en el que la Comisión Africana tuvo la oportunidad de analizar los alcances del término “pueblo(s)”, de la CADHP, fue en el caso *Pueblo Katangese v. Zaire*.⁴⁷ La solicitud tenía como finalidad que se reconociera en favor de un movimiento de liberación un derecho de

⁴⁴ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Aprobada el 27 de julio de 1981 durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.

⁴⁵ Cabe mencionar que si bien la Corte Africana DH se encuentra en proceso de fusión con la Corte Africana de Justicia, aquel proceso aún no ha concluido. La fusión de ambos órganos jurisdiccionales se realizó mediante la adopción del Protocolo para el Establecimiento de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (el Protocolo). Fue adoptada en Sharm El-Sheikh, Egipto (11th African Union Summit of the Assembly – July 2008). El Protocolo entrará en vigor a los 30 días de su ratificación por el Estado número 15. Disponible en: http://www.african-court.org/en/images/documents/Court/Statute%20ACJHR/ACJHR_Protocol.pdf.

⁴⁶ African Court on Human Rights. Application N° 001/2008- Michelot Yogogombaye v. the Republic of Senegal y Application No 001/2011 - Femi Falana v. African Union.

⁴⁷ African Commission on Human and Peoples' Rights. *Katangese Peoples' Congress v. Zaire* (Comm. No. 75/92) 1995.

secesión. Como era evidente, la Comisión Africana concluyó que todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; sin embargo, consideró que podría haber controversias respecto a la definición de “pueblos”,⁴⁸ agregando que en la ausencia de violaciones de derechos humanos al punto de que la integridad territorial de Zaire fuese a ser cuestionada, el caso no presentaba mérito.⁴⁹

El siguiente caso de interés fue *Malawi African Association y otros v. Mauritania*.⁵⁰ En este caso la Comisión Africana empieza a dar contenido al término “pueblos”. En ese sentido, al analizar el artículo 2o. de la CADHP, señala que la disposición establece un principio esencial al espíritu de la convención, es decir, la eliminación de toda forma de discriminación y el hecho de que los Estados sujeten a sus propios indígenas a tratos discriminatorios sólo por el color de su piel constituye una violación al artículo 2o. de la CADHP.⁵¹ Aun así, la Comisión Africana aún no analizaría concretamente la conexión entre el concepto “pueblos” y las minorías y/o pueblos indígenas. Por lo tanto, al analizar el artículo 19 de la CADHP (igualdad entre los pueblos) la Comisión Africana se limita a indicar que el centro de los abusos se refieren a la dominación de una sección de la población por parte de la otra, por lo que la discriminación en contra de la población negra en Mauritania se produce como consecuencia de la negación del principio fundamental de la igualdad entre los pueblos. La Comisión Africana concluye que, de la información a su disposición, no puede llegar a determinar si se ha producido la violación del artículo 19.⁵²

Finalmente, la Comisión Africana, en el caso *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of*

⁴⁸ *Ibidem*, para. 3.

⁴⁹ *Ibidem*, para. 6.

⁵⁰ Caso en el que la Comisión Africana debió analizar el reclamo presentado por la población negra de Mauritania, quienes denunciaron ser objeto de discriminación y abusos por parte de la clase dominante de etnia árabe (Beidanes) del norte. **African Commission on Human and Peoples' Rights**. *Malawi African Association and Others v. Mauritania* (Comm. Nos. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98) 2000.

⁵¹ *Ibidem*, para. 131.

⁵² *Ibidem*, para. 142.

Endorois Welfare Council) v. Kenya⁵³ emitió el caso emblemático del derecho de los pueblos indígenas en el SADH. Por diferentes razones, el caso bajo mención puede considerarse el caso internacional más riguroso respecto al concepto de “pueblos indígenas”. Y, aunque es cierto que sustenta sus diferentes alcances sobre la base de la revisión de la jurisprudencia del SUDH y del SIDH (específicamente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana) el enfoque plasmado en la sentencia —a diferencia de los demás sistemas— no rehúye a la problemática del término “pueblo indígena”.

La Comisión Africana en dicha ocasión señaló:

... la Comisión Africana toma nota de que el concepto pueblos y pueblos/comunidades indígenas constituyen términos controvertidos. En cuanto al término pueblos indígenas no existe una definición conceptual universal o clara, en tanto ninguna definición aceptada captura la diversidad de las culturas indígenas, sus historias y actuales circunstancias.⁵⁴

Es debido a esta indeterminación que la Comisión Africana se abstiene de dar una definición;⁵⁵ sin embargo, recuerda que el término “indígena” no tiene como propósito crear una clase especial de ciudadano, sino hacer frente a las injusticias e inequidades históricas sufridas por estos grupos.⁵⁶

Si bien la Comisión Africana no define el término “población indígena”, sí brinda elementos del mismo al citar el trabajo de los expertos

⁵³ African Commission on Human and Peoples' Rights. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) v. Kenya. (Comm. No 276/03) 2009.

⁵⁴ *Ibidem*, para. 147. Traducción del autor.

⁵⁵ *Ibidem*, Agrega la Comisión Africana: “Despite its mandate to interpret all provisions of the African Charter as per Article 45(3), the African Commission initially shied away from interpreting the concept of ‘peoples’. The African Charter itself does not define the concept. Initially the African Commission did not feel at ease in developing rights where there was little concrete international jurisprudence. The ICCPR and the ICESR do not define ‘peoples.’ It is evident that the drafters of the African Charter intended to distinguish between the traditional individual rights where the sections preceding Article 17 make reference to “every individual.” Article 18 serves as a break by referring to the family. Articles 19 to 24 make specific reference to “all peoples”.

⁵⁶ *Ibidem*, para. 149.

en la materia en el sistema africano; identificando los siguientes: *i)* la ocupación y uso de un territorio específico; *ii)* la voluntad de perpetuar su particularidad cultural; *iii)* la autoidentificación como una colectividad diferenciada, así como el reconocimiento de esto por otros grupos, y *iv)* la experiencia de subyugación, marginalización, desposesión, exclusión o discriminación.⁵⁷ Y agrega estar: "... al tanto del surgimiento de un consenso respecto a características objetivas que un colectivo de individuos debe de manifestar para ser considerado como un pueblo"; subrayando el hecho que: "(l)o que es claro es que todos los intentos por dar una definición del concepto de pueblos indígenas reconocen el nexo entre aquellos pueblos, su tierra y su cultura y que aquellos grupos expresen su deseo de ser identificados como pueblos o tengan la conciencia de que son pueblos".⁵⁸

Lo señalado por la Comisión Africana constituye un gran aporte, al destacar como elemento objetivo de identificación de estos grupos la relación constatable de un vínculo especial con la tierra, sin la cual la propia existencia cultural o física de aquel pueblo peligraría.

La Comisión Africana, enseguida concluye que por estas razones "acepta que la auto-identificación de los Endorois como personas indígenas y la aceptación de aquel estatus por el grupo es un componente esencial de su identidad".⁵⁹ Finalmente, concluye que —debido a las pruebas presentadas— se confirma que los Endorois además cumplen con el criterio de diferenciación (*criterion of distinctiveness*) frente a la sociedad en general y, por tanto, pueden disfrutar de las provisiones de la CADHP sobre el derecho de los pueblos.

4. *Los avances jurisprudenciales en el sistema interamericano: ¿se han establecido los elementos del concepto "pueblos indígenas"?*

Los mayores avances jurisprudenciales sobre el derecho de los pueblos indígenas se han realizado en el SIDH.⁶⁰ Esto como consecuencia de la

⁵⁷ *Ibidem*, para. 150.

⁵⁸ *Ibidem*, para. 151, traducción del autor.

⁵⁹ *Idem*, traducción del autor.

⁶⁰ Para una detallada revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa a las poblaciones indígenas, véase Salmon, Elizabeth, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de*

necesidad de brindar efectiva protección a aquellas poblaciones, en un contexto similar al del SEDH y SUDH en donde no existen provisiones expresas del derecho de los pueblos indígenas.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)⁶¹ ha visto la necesidad de interpretar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)⁶² a la luz de las circunstancias especiales en las que se encuentran los pueblos indígenas.⁶³

El primer caso del SIDH en desarrollar una perspectiva indigenista de los derechos contenidos en la Convención Americana fue el caso Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua.⁶⁴ La Corte Interamericana aprovecha esta oportunidad para realizar una interpretación “indigenista” del derecho de propiedad consagrado en la Convención Americana; por lo que la importancia de la sentencia es destacable y así ha sido reconocido.⁶⁵ Sin embargo, en tanto el Estado no objetó la característica indígena de la Comunidad Sumo, la Corte Interamericana no tuvo oportunidad de desarrollar alguna noción o criterio de identificación de dichos grupos.⁶⁶

Derechos Humanos – Tomo III: Los Derechos de los pueblos indígenas, Lima, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, 2010.

⁶¹ Establecido mediante el artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁶³ La Corte Interamericana ha realizado dicha labor al interpretar evolutivamente los artículo 21 (Derecho a la Propiedad Privada), artículo 25 (Protección Judicial), entre otros, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, véase la posición fundamental adoptada por la Corte Interamericana: sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, para. 147 y ss.

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas.

⁶⁵ El caso se refiere a la afectación de los territorios de la Comunidad Sumo, como consecuencia del otorgamiento a terceros de concesiones de explotación maderera en sus tierras. *Ibidem*, para. 103.

⁶⁶ Véase de forma general, entre otros trabajos, a: Anaya, James y Grossman, Claudio, “The Case of AwasTingni v. Nicaragua: A New Step in International Law of Indigenous Peoples”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, núm. 1, pp. 1-15.

⁶⁶ Basta indicar que la Corte Interamericana concluye directamente (con base en los testi-

El siguiente caso de relevancia es el caso Comunidad Moiwana v. Surinam. Dicha comunidad denunció la violación de una serie de derechos, entre ellos, el derecho a la propiedad comunal por haberlas perdido al verse desplazados por las actividades llevadas en sus territorios. De forma similar al caso Awas Tingni, la Corte Interamericana se encuentra dispuesta a realizar una interpretación extensiva del derecho de propiedad.

Sin embargo, dado que esta comunidad no tiene las mismas características que la Comunidad Sumo (indígena), la Corte Interamericana concluyó lo siguiente: “Los miembros de la comunidad no son indígenas de la región; según los hechos probados la aldea de Moiwana fue fundada por clanes N’djuka a finales del siglo XIX”.⁶⁷ No obstante, la Corte considera que debido a los nexos con sus tierras, costumbres, religión y cultura, aquella comunidad debe considerarse como una “comunidad tribal” y, por tanto, “la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana”.⁶⁸

La contundencia con la que la Corte Interamericana afirma este extremo de la sentencia contrasta con la falta de teorización del recurso interpretativo utilizado.⁶⁹ Siendo esto así, el presente caso lejos de sentar elementos o criterios para establecer cuándo estamos frente a un “pueblo indígena”, incorpora una nueva noción.

El siguiente caso resuelto sobre la materia fue el caso Yakye Axa v. Paraguay,⁷⁰ en el que se sientan las bases para dos avances. En primer

monios de los peritos) que la Comunidad Awas Tingni era una comunidad indígena de la etnia Mayagna o Sumo. Corte IDH, Sentencia Comunidad Mayagna..., *cit.*, para. 103.

⁶⁷ *Ibidem*, para. 132.

⁶⁸ *Ibidem*, para. 133.

⁶⁹ ¿Es una comunidad tribal diferente a una comunidad indígena en el sentido del Convenio núm. 169? ¿Si es así, tendrá los mismos derechos, o sus derechos tendrán el mismo alcance que el de los “pueblos indígenas”? ¿Cómo diferenciar uno del otro? ¿Basta utilizar los criterios del Convenio núm. 169 para un caso contencioso en jurisdicción interamericana? Es evidente que siendo este un caso en donde se incluye el concepto de “comunidad tribal” dentro de los alcances de la conceptualización de propiedad efectuada en Awas Tingni, la elaboración de un fundamento sólido hubiese sido necesario.

⁷⁰ Corte IDH, sentencia Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005.

lugar, al analizarse el alcance del derecho que tienen los “pueblos indígenas” a la reivindicación de sus tierras ancestrales, la Corte Interamericana procede a incorporar criterios internacionalmente reconocidos; en especial los del Convenio núm. 169 de la OIT. Por ello, incorpora los alcances del derecho de propiedad reconocidos en el Convenio núm. 169, sin embargo, no hace lo mismo con los criterios de identificación de las poblaciones indígenas señalados en aquel instrumento. Tal vez esto porque no hubo controversia respecto a la naturaleza indígena de la Comunidad Yakye Axa.⁷¹

Sin embargo, establecer claramente los criterios de identificación de estas personas o comunidades era indispensable en este caso, en tanto la Corte procede a darle contornos más amplios al derecho de propiedad al punto de convertirlo en uno de contenido diferente. Así, el segundo avance introducido por la Corte Interamericana se da respecto al alcance del derecho de reivindicación de la propiedad de aquellos grupos.⁷²

La reinterpretación del contenido del derecho de propiedad (clásicamente concebido) es claramente exhibida por la Corte Interamericana y sólo cabe indicar que se ordena al Estado el identificar, delimitar y entregar gratuitamente los territorios comunales a la Comunidad Yakye Axa.⁷³

Posteriormente, la Corte Interamericana en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay⁷⁴ llevaría la interpretación indigenista del derecho de propiedad a nuevos límites.⁷⁵

La Corte Interamericana decidió interpretar el derecho de propiedad teniendo en cuenta que la Comunidad Sawhoyamaya era una “pobla-

⁷¹ *Ibidem*, para. 140.

⁷² *Ibidem*, para. 142-148.

⁷³ *Ibidem*, para. 215-217. De igual forma, véase Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay, interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2006.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006.

⁷⁵ El presente caso involucra a la Comunidad Sawhoyamaya, comunidad originaria del Chaco en Paraguay, la misma que fue despojada de sus tierras a finales del siglo XIX. Esta situación habría provocado el empobrecimiento y precarización de la salud de la población. Aquella comunidad pretendía recobrar sus territorios perdidos. *Ibidem*, para. 73.

ción indígena”.⁷⁶ Una vez más, la Corte Interamericana no establece criterios para identificar dicha población como indígena, simplemente la califica como tal a la luz de los informes periciales. Aunque, una vez más, Paraguay no controvierte la naturaleza indígena de dicha comunidad, señala que si bien no niega sus obligaciones de restituir derechos a estos pueblos, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya “reclaman la propiedad de un inmueble sin otro título que un informe antropológico... y que se podría llegar “al absurdo de que todo el país podría ser reivindicado por los pueblos indígenas, ya que son los primitivos habitantes de la extensión territorial que hoy se denomina Paraguay”.⁷⁷

Es evidente que el enfoque indigenista del derecho de propiedad empieza a generar ciertas tensiones con otro bien jurídico relevante para el Estado, como es la seguridad jurídica. Ahora bien, creemos que lo indicado por Paraguay era una duda legítima si se tiene en cuenta que no es posible predecir qué constituye una “población indígena” ni “territorio indígena” en el SIDH.⁷⁸

La Corte, al analizar las razones por las que Paraguay no habría sido capaz de hacer efectiva la devolución de las tierras comunales o indígenas,⁷⁹ concluye que no eran limitaciones legítimas para dejar de efectuar su devolución. Es más, en relación con que las tierras estaban sujetas a acuerdos internacionales, indicó: “El referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes «por causa de utilidad o interés público», lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas”.⁸⁰ Este extremo debe verse en el contexto real de los hechos; los argumentos del Estado no iban dirigidos a negar el derecho de reivindicación de las

⁷⁶ *Ibidem*, para. 60 y 118.

⁷⁷ *Ibidem*, para. 125.

⁷⁸ Es importante notar que si bien el Estado no cuestionó la característica indígena de la Comunidad Yakye Axa, sí formuló una discrepancia respecto al alcance de lo que implicaba un “territorio indígena”, pues si bien se puede reconocer a una población como indígena, esto no significa reconocer inmediatamente toda la extensión territorial reclamada por ellos como suyos (lo que dada su movilidad puede abarcar grandes extensiones de territorio).

⁷⁹ Es decir, en tanto: *i*) las tierras están en manos de privados, *ii*) las tierras no son reivindicables cuando están en productividad, y *iii*) las tierras están sujetas a acuerdos internacionales).

⁸⁰ *Ibidem*, para. 140.

tierras indígenas,⁸¹ sino a restringir aquellos derechos debido a razones fundamentadas en finalidad pública e interés nacional. La posición de la Corte Interamericana finalmente ha sido la de establecer como excepcional la restricción de los derechos de los “pueblos indígenas” a costa de otros intereses o bienes jurídicos.

Finalmente, el caso requirió de la revisión de dos elementos. La primera se refirió a las condiciones en las que el derecho de reivindicación de los “pueblos indígenas” se ejerce; ¿se encuentra condicionada a que las comunidades mantengan posesión de las tierras? ¿Existe algún límite temporal a aquella facultad de reivindicación? La Corte Interamericana señalaría que la posesión de las tierras no es condición para ejercer el derecho de reivindicación y dispuso que dicho derecho permanecerá vigente en el tiempo mientras la relación espiritual de la comunidad se mantenga, en caso contrario se extinguirá.⁸²

El siguiente caso analizado por la Corte Interamericana fue el caso *Saramaka v. Surinam* de 2007.⁸³

El presente caso es uno de los más importantes sobre esta materia por las siguientes razones: i) se reafirma la interpretación progresista del contenido del derecho de la propiedad llevada a cabo por la Corte Interamericana;⁸⁴ ii) se desarrolla el alcance del derecho que tienen las poblaciones indígenas y tribales a los recursos naturales presentes en sus territorios, así como las condiciones para la explotación de dichos recursos por terceros (incluyendo la obligación de efectuar estudios ambientales y sociales previos y la participación de la comunidad),⁸⁵ y iii) en el caso en mención la Corte Interamericana realiza un análisis de los contornos del término “pueblo indígena y tribal”.

⁸¹ *Ibidem*, para. 125.

⁸² *Ibidem*, para. 131.

⁸³ Corte IDH, Sentencia del Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007. El caso hace referencia a la supuesta vulneración de diversos derechos de la Comunidad Saramaka; especialmente por la afectación de las tierras comunales por la ejecución de proyectos de inversión y otorgamiento de concesiones maderables sobre su territorio.

⁸⁴ *Ibidem*, para. 140.

⁸⁵ *Ibidem*, para. 118 y ss.

Para propósitos de esta sección, sólo nos enfocaremos en el análisis efectuado al término “pueblo indígena y tribal”. Los avances realizados respecto al punto ii) serán analizados más adelante.

En el presente caso la Corte Interamericana se enfrenta a un nuevo caso de población *maroon*, sin embargo, a diferencia del caso Moiwana la Corte no deja de responder el alegato del Estado dirigido a objetar que: “... el pueblo Saramaka pueda definirse como una comunidad tribal...”.⁸⁶ El alegato del Estado se sustenta en el hecho de que la Comunidad Saramaka no era nativa al territorio señalado como suyo. Resulta evidente la mayor sofisticación exhibida por el Estado en esta ocasión por lo que la Corte Interamericana se vio obligada a elaborar mayores alcances respecto al estatus de dicha comunidad.

En ese sentido, la Corte Interamericana indica —como en el caso Moiwana— que la Comunidad Saramaka no constituye una “población indígena” sino una “población tribal”, no obstante:

... la corte observa que el pueblo Saramaka no es indígena a la región que habitan, sino que fueron llevados durante la época de colonización... Por lo tanto, están haciendo valer sus derechos en calidad de presunto pueblo tribal, es decir, un pueblo que no es indígena a la región pero que comparten características similares con los pueblos indígenas...⁸⁷

Si bien es innegable el paso dado por la Corte Interamericana en este extremo, sólo por inferencia podemos determinar si lo indicado en el párrafo anterior son los elementos de lo que constituye un “pueblo tribal”. Y en caso que fuese así, en tanto comparte con las poblaciones indígenas características comunes; ¿aquellos mismos criterios son los que ayudarán a identificar a la “población indígena”? ¿Al menos en parte?

Las dudas que surgen sólo demuestran que en este caso aún no se establecen criterios concretos de lo que es un “pueblo indígena” ni de lo que es un “pueblo tribal”. No obstante, este es un caso a tener en cuenta, porque —por primera vez— la Corte hace una determinación legal y no puramente antropológica de lo que constituye un pueblo indígena/tribal.

⁸⁶ *Ibidem*, para. 78.

⁸⁷ *Ibidem*, para. 79.

Posteriormente, en el caso *Xákmok Kásek v. Paraguay*,⁸⁸ Paraguay nuevamente se vería envuelto en posibles violaciones a la Convención Americana; si bien esta sentencia es destacable por diferentes razones, bastará indicar que el presente caso tiene alcances similares al caso *Sawhoyamaxa*, pues la Corte Interamericana no realiza un análisis legal de lo que es un “pueblo indígena”. No obstante, es destacable en tres puntos: a) se observa una técnica legal más compleja por parte del Estado para prevenir potenciales reclamos de propiedad por parte de sus comunidades indígenas;⁸⁹ b) el Estado cuestiona el carácter comunal del territorio reclamado (esta misma objeción había sido presentada en el caso *Sawhoyamaxa*, sin embargo, la Corte Interamericana no realizó mayor desarrollo). A pesar de ello, en esta oportunidad la Corte Interamericana indica que la forma para determinar si un territorio es indígena es mediante la confirmación de la existencia de una relación especial entre los indígenas y aquellos territorios. Aquella relación se expresa de dos formas: i) mediante diferentes formas de expresión cultural (que incluye lazos espirituales o ceremoniales, asentamientos o cultivos esporádicos, entre otros) y ii) una relación posible con la tierra.⁹⁰ Este avance es importante pues da contenido a lo que constituye la conexión especial entre los “pueblos indígenas” y la tierra, que es uno de los principales criterios para identificarlos. Sin embargo, lo expresado por la Corte Interamericana y los ejemplos que brinda son sumamente desarticulados, y c) frente a la técnica de Paraguay (de declarar el terreno reclamado como un área de conservación natural) la Corte Inte-

⁸⁸ Corte IDH, sentencia Comunidad Indígena *Xákmok Kásek v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010.

⁸⁹ Por ello, el Estado declara una porción de los territorios en disputa bajo el régimen de área silvestre protegido bajo dominio privado, estableciendo que dichos territorios son inexpropiables durante la validez de la declaratoria (es decir 5 años). Aunado a ello, en el proceso frente a la Corte Interamericana, Paraguay solicita la suspensión del proceso debido a supuestas contradicciones en la denominación y pertenencia étnica de la comunidad, siendo que en algunos documentos son calificados como perteneciente a un grupo y, en otros, a otro grupo étnico, lo que impedía la aplicación de: “las prescripciones del Estatuto Indígena y a la normativa internacional”; el Estado agrega que debido a confusiones al nombre de la comunidad los líderes no serían identificables. *Ibidem*, paras. 80-90.

⁹⁰ *Ibidem*, paras. 113 y 114.

ramericana desarrolla, aunque a nivel básico, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.⁹¹

Finalmente, en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu v. Ecuador⁹² de 2012, la Corte Interamericana resolvería el último caso (hasta el momento) sobre comunidades indígenas. La Corte no brinda mayores avances respecto a los criterios de identificación de los “pueblos indígenas”, sin embargo, demuestra tener mayor sistematicidad en su análisis.⁹³ Es así que, aunque Ecuador se allana en el procedimiento y no cuestiona la característica indígena de la población,⁹⁴ la Corte Interamericana revisa los “criterios” establecidos en casos anteriores y procede a verificarlos para así justificar la aplicación del régimen interpretativo particular de estos grupos.⁹⁵

Si bien no hay mayor avance sobre la identificación de estas comunidades, este caso —que hace referencia a la afectación de los recursos naturales, medio ambiente, vida y derecho de propiedad de la Comunidad Kichwa por parte de Ecuador, al otorgar concesiones petrolíferas dentro de sus territorios y sin consulta previa—⁹⁶ es el principal en lo referido al derecho a la consulta previa, libre e informada en este sistema.

De la revisión efectuada, podemos concluir que el concepto “pueblos indígenas” no se encuentra definido en ningún instrumento internacional (sea tratado o declaración) en tanto que el avance jurisprudencial sobre la materia no ha solucionado dicho problema.

Si bien existen ciertos criterios, dada la naturaleza de los mismos no podemos afirmar que exista predictibilidad sobre quiénes serán protegidos por el derecho de los pueblos indígenas, hecho que se verá agravado cuando esta disciplina y los elementos que la componen adopten

⁹¹ La Corte IDH señala que, a fin de garantizar el derecho de propiedad de los pueblos indígenas, el Estado debe asegurar la participación de los miembros de la comunidad en la toma de decisión de todo plan que pudiese afectar sus tierras. *Ibidem*, para. 157.

⁹² Corte IDH, Sentencia Comunidad Indígena Pueblo Indígena Kichwa de Sarayacu v. Ecuador, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012.

⁹³ *Ibidem*, para. 148.

⁹⁴ *Ibidem*, paras. 27, 149 y 155.

⁹⁵ *Ibidem*, paras. 148 y sgtes.

⁹⁶ *Ibidem*, paras. 2 y 124.

significados y alcances variados; situación que corresponde al fenómeno más extenso en el derecho internacional como es el de su fragmentación.

En consecuencia, nos preguntamos: ¿hasta qué punto puede ser efectivo el cuerpo legal de protección de los “pueblos indígenas” si no se formula una definición de los sujetos a los que pretende proteger? La lógica de los proyectos extractivos y de inversión puede ser de utilidad para responder estas preguntas. Estos riesgos, a su vez, explicarán por qué los Estados podrían buscar delimitar la noción de “pueblos indígenas” de manera informal.⁹⁷

III. EL DERECHO AMBIENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL, SU RECONOCIMIENTO, DESARROLLO Y LA RELEVANCIA DE SU TÉCNICA PARA EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La razón por la cual recurrimos al derecho ambiental para identificar potenciales problemas respecto a la indeterminación del término “pueblos indígenas” se debe a que los principales reclamos de aquellas poblaciones se centran —además del reconocimiento y/o reivindicación de sus territorios ancestrales— en el otorgamiento de derechos de exploración o explotación de recursos naturales dentro de su territorio o cerca de ellos.⁹⁸

En diferentes foros internacionales los reclamos de los “pueblos indígenas” se están enfocando con mayor regularidad en el choque de sus derechos y la ejecución de actividades extractivas, por lo que este campo se perfila como uno de los de principal lucha para estas comunidades.⁹⁹

⁹⁷ La Corte IDH tuvo una gran oportunidad de analizar dicha racionalidad a profundidad en el caso *Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* (véase *Supra*: Sección 4.4).

⁹⁸ Son ejemplo de esto los casos revisados líneas arriba: *Lubicon Lake Band v. Canada*; *Poma Poma v. Perú*; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*; *Saramaka v. Suriname*; *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador*, entre otros.

⁹⁹ Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha visto esta temática en diferentes audiencias, por ejemplo: 144 periodo de sesiones (28 de marzo de 2011). Situación de derechos humanos de las personas afectadas por las industrias extractivas en las Américas; 146 periodo de sesiones (1o. de noviembre de 2012). Situación del Pueblo Achuar de

Ahora bien, aunque la importancia de las actividades extractivas es relevante para un Estado, debe señalarse que estas actividades no se encuentran reguladas en el derecho internacional.¹⁰⁰ Por esta razón no es posible encontrar provisiones internacionales que establezcan las relaciones que deben tener estas actividades frente a las comunidades, ni a las poblaciones nativas. No obstante, este vacío se ha visto solucionado en parte con la producción normativa ambiental en el derecho internacional.

Y, aunque lo común es identificar al derecho internacional ambiental como un conjunto de tratados de carácter conservacionista, cuyo principal objetivo es proteger ciertas áreas naturales comunes de la humanidad, algunos de estos tratados indirectamente moldean el desarrollo de las actividades productivas y de inversión. Por otro lado, una parte del derecho internacional ambiental que ha emergido con el fin expreso de establecer los mínimos que deben cumplir los Estados al permitir el desarrollo de actividades con fines extractivos. Es en esta última vertiente del derecho internacional ambiental que se han establecido criterios claros y directos sobre la relación entre la población local y el desarrollo de dichas actividades; recogiendo criterios técnicos y económicos mínimos que deben garantizarse para que las mismas sean viables pero con el respeto a la participación y no afectación de la sociedad.

El ejemplo más saltante de esta tendencia constituye el reconocimiento de la obligación de contar con Estudios de Impacto Ambiental (EIA) antes de ejecutar grandes proyectos de inversión. La importancia de este reconocimiento se debe a que los EIA, si bien se encuentran orientados a proteger el ambiente, cumplen una función de prevención

Pastaza, Perú; 146 periodo de sesiones (01 de noviembre de 2012). Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en Perú; entre otros. Adicionalmente, las voces que reclaman que las empresas multinacionales sean responsables en el derecho internacional (aunque de forma indirecta) van haciéndose más fuertes en el derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, véase Salmon, Elizabeth, "Mecanismos de reparación en el ámbito del sistema interamericano por violaciones de derechos humanos cometidos por empresas multinacionales: la responsabilidad estatal y la construcción de medidas reparatorias", *Revista Estudios Jurídicos*, Segunda Época, 2013, pp. 1-11.

¹⁰⁰ Al respecto, véase United Nations Conference on Trade and Development-Informe de Gerge W. Pring (2. International Law and mineral resources), en: <http://www2.udec.cl/alfat1/intro/docs/pring.pdf>.

respecto a los impactos a generarse frente a las comunidades. Ahora bien, por un gran periodo de tiempo, la regulación y obligatoriedad de obtener estos instrumentos, así como del contenido mínimo que deberían tener ha sido dejado de lado; no obstante ello, desde 1990 algunos avances significativos se han producido.¹⁰¹

El primer instrumento internacional de carácter obligatorio y de alcance global en la materia¹⁰² fue el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio Espoo)¹⁰³ de 1991. Si bien este tratado está enfocado en los EIA con miras a la posible ocurrencia de contaminación transfronteriza, aquel instrumento establece algunos elementos básicos que todo EIA debe cumplir. En primer lugar, el Convenio Espoo señala que el EIA debe obtenerse antes del desarrollo de las actividades propuestas¹⁰⁴ y reconoce que la aprobación de éste se realizará mediante un proceso de consulta y participa-

¹⁰¹ Un instrumento de carácter internacional previo (aunque no obligatorio) que hacía referencia a la vinculación entre actividades económicas y el medio ambiente, es la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, el mismo que indicó que “planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres”. Por su parte, el Principio núm. 6 agrega: “Debe ponerse fin a la descarga de sustancias tóxicas o de otras materias a la liberación de calor, en cantidades o concentraciones tales que el medio ambiente no puede neutralizarlas, para que no se causen daños graves o irreparables a los ecosistemas. Debe apoyarse la justa lucha de los pueblos de todos los países contra la contaminación”. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano.

¹⁰² Debe señalarse que existe regulación convencional *ad hoc* sobre la obligación de obtener evaluaciones ambientales; sin embargo, el Convenio Espoo establece aquella obligación de forma concreta; como señala Craik, tiene la particularidad de tener alcances globales. Al respecto, véase Craik, Neil, *The International Law of Environmental Impact Assessment - Process, Substance and Integration*, UK, Cambridge University Press, 2008, p. 102.

¹⁰³ Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo. Hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991. ECE/ENHS/NONE/2003/25. Sobre la estructura y funcionamiento de dicho instrumento, véase Schrage, Wiek, “The Convention on Environmental Impact Assessment in Transboundary Context”, en Petts, Judith, *Handbook of Environmental Impact Assessment*, USA, Blackwell Science, 1999. pp. 85-97.

¹⁰⁴ *Ibidem*, artículos 2.3 y 2.7. Para propósitos de la convención, las actividades que requieren obtener un EIA, comprende: i) refinerías de petróleo crudo; ii) centrales termoeléctricas; Instalaciones destinadas exclusivamente a la producción o al enriquecimiento de combustibles nucleares; iii) grandes instalaciones para la fundición inicial de hierro y acero; iv) cons-

ción de la ciudadanía.¹⁰⁵ En segundo lugar, incluye en su Apéndice II la estructura básica que deberá contener aquel EIA. Y, aunque no establece expresamente que cada paso supone la culminación del paso previo, aquella racionalidad se va estableciendo indirectamente.¹⁰⁶ En ese sentido, sobre la base de lo dispuesto en el Convenio Espoo yace la racionalidad de la evaluación ambiental, sus tiempos y fases.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el EIA como técnica busca realizar una evaluación de alta complejidad técnica que permita determinar fidedignamente los posibles impactos ambientales y/o sociales¹⁰⁷ de una actividad productiva; de esta forma será necesario culminar con cada fase del EIA para iniciar correctamente la subsiguiente a riesgo de poner en peligro todo el proceso. Al año siguiente, la relevancia del EIA adquiriría un nuevo impulso con la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo,¹⁰⁸ el cual en su Principio 17 establece la necesidad de efectuar una evaluación de impacto ambiental en los

trucción de autopistas, autovías, vías férreas de largo recorrido; v) oleoductos y gasoductos, vi) gran minería; entre otros (Apéndice I del Convenio Espoo).

¹⁰⁵ *Ibidem*, artículo 2.2.

¹⁰⁶ Así, el Convenio Espoo reconoce como documentación a ser incluida para la evaluación del impacto ambiental: a) la descripción de la actividad propuesta y su finalidad, b) la descripción de alternativas razonables de la actividad propuesta, c) la descripción del medio ambiente al que la actividad propuesta y sus alternativas pueden afectar, d) la descripción de posibles impactos ambientales de la actividad propuesta, e) la descripción de medidas paliativas para reducir los impactos ambientales (medidas de mitigación), entre otra documentación. Apéndice II del Convenio Espoo.

¹⁰⁷ Cabe indicar que, si bien se habla de descripción de los posibles impactos ambientales, estos también incluyen posibles impactos sociales, la descripción del medio ambiente además de la descripción social del lugar en donde se realizará la actividad. Esto se sustenta en la técnica del EIA como en lo establecido, para el caso del Convenio Espoo, en su artículo 1. VI (definiciones), en el que se indica: "Por evaluación del impacto medioambiental se entiende un procedimiento nacional destinado a evaluar el probable impacto que una actividad propuesta tendrá en el medio ambiente", agregando en el numeral vii: "Por una actividad propuesta en el medio ambiente, incluidos la salud y la seguridad de los seres humanos, la flora, la fauna, el suelo, la atmósfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras materiales o la interacción entre esos factores; incluye asimismo las repercusiones sobre el patrimonio cultural o las condiciones socio-económicas que se deriven de las alteraciones de esos factores".

¹⁰⁸ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, Brasil del 3 al 14 de junio de 1992.

ordenamientos internos para actividades de impacto ambiental negativo considerables.¹⁰⁹

En los años posteriores, algunos esfuerzos surgirían para incorporar provisiones relativas a los EIA,¹¹⁰ sin embargo, ningún otro tratado llegaría a regular de forma expresa la obligación de obtenerlo previamente a la realización de toda actividad económica.¹¹¹ Sería recién en 2010, con la sentencia de la CIJ referida a las Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Pulp Mills)-Argentina v. Uruguay¹¹² que se sentaría en el derecho internacional un nuevo avance en la obligatoriedad de contar con un EIA. En el caso mencionado, Argentina alegaría la violación del Estatuto del Río Uruguay, régimen que establecía el procedimiento de aprobación de las actividades que pudiesen afectar el medio acuático del río.

La CIJ analizó los alegatos de Argentina y concluyó que, si bien ambos Estados estaban de acuerdo en que el EIA debía obtenerse, no estaban de acuerdo sobre el contenido del instrumento.¹¹³ La CIJ llegaría a dos conclusiones trascendentales: a) la obligación de proteger y prevenir según el artículo 41(a) del Estatuto del Río Uruguay debía ser

¹⁰⁹ Se indica: "... cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente". No solo eso, en el mismo instrumento se recuerda que "(l) as poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo... Los Estados deberían reconocer y... hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible". *Idem*.

¹¹⁰ Respecto a la regulación de los EIA en instrumentos obligatorios como en instrumentos de *soft law*, véase Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, vol. I, Frameworks, standards and implementation, UK, Manchester University Press, 1995, pp. 579-584.

¹¹¹ Contrasta con esta situación la aceptación sistemática de judicializar el derecho a un medio ambiente saludable a través del derecho internacional de los derechos humanos. Para un recuento de la jurisprudencia de los diferentes sistemas, respecto al derecho a un medio ambiente saludable, véase Shelton, Dinah, "Human Rights and Environment: Past, Present and Future Linkages and the Value of a Declaration", High Level Expert Meeting on the New Future of Human Rights and Environment: Moving the Global Agenda Forward - UNEP and OHCHR, en <http://www.unep.org/environmentalgovernance/Portals/8/documents/draftpaper%20Humanrightsnenvironment%20pastpresentandfuturelinkages.pdf>.

¹¹² Corte Internacional de Justicia, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay). Judgment of 20 April 2010.

¹¹³ *Ibidem*, para. 203.

interpretado de acuerdo a la práctica que en años recientes había ganado gran aceptación entre los Estados y que, actualmente, podría considerarse un requerimiento bajo el derecho internacional general; que es el de llevar a cabo un EIA ahí donde una actividad industrial pueda presentar impactos adversos significativos en un contexto transfronterizo (especialmente cuando hace referencia a recursos compartidos),¹¹⁴ y b) ni bajo el Estatuto ni bajo el derecho internacional general se ha establecido el alcance y el contenido general que debe tener un EIA, pero considera que éste tiene que llevarse a cabo antes de la implementación del proyecto.¹¹⁵

Si bien el reconocimiento efectuado por la CIJ es algo estrecho (pues lo enmarca a casos de efectos ambientales transfronterizos) los alcances de esto en el futuro son amplios. Respecto a la segunda conclusión, si bien es cierto que la CIJ indica que en el derecho internacional aún no se ha establecido el contenido específico que debe tener un EIA, esta afirmación debe analizarse en perspectiva.

Nuestra opinión es que el contenido específico al que hace referencia la CIJ es a los métodos ambientales necesarios para determinar una serie de mediciones ambientales, su impacto o mitigación;¹¹⁶ no estaría destinado a desconocer algo más básico como es la composición básica de un EIA y su secuencia. Y lo que indicamos cobra más fuerza si se tiene en cuenta que la CIJ al llevar a cabo el análisis de la potencial afectación efectiva del ambiente (como consecuencia del incumplimiento procedimental de Uruguay) sigue los pasos básicos que todo EIA debe cumplir y reconocido por su parte en la regulación del Convenio Espoo. De este modo, procede a analizar las alternativas previstas para la ejecución del proyecto;¹¹⁷ la correcta estructuración y elaboración de la línea base del proyecto (descripción ambiental y social previa a la ejecución de la actividad);¹¹⁸ el análisis de los posibles impactos del mismo;¹¹⁹ la ade-

¹¹⁴ *Ibidem*, para. 204.

¹¹⁵ *Ibidem*, para. 205.

¹¹⁶ *Ibidem*, para. 213.

¹¹⁷ *Ibidem*, paras. 207-210.

¹¹⁸ *Ibidem*, para. 212.

¹¹⁹ *Ibidem*, para. 214.

cuación de las medidas de mitigación y la efectiva participación de los interesados.¹²⁰

Ahora bien, la revisión que hemos hecho tiene como fin subrayar el hecho de que los EIA son instrumentos que están siendo reconocidos rápidamente en el derecho internacional y se encuentran vinculados a las actividades extractivas y/o de inversión, y por tanto, conectados al derecho de los pueblos indígenas. Un ejemplo de esto sería el derecho a la consulta previa e informada, que siendo un derecho reconocido de los “pueblos indígenas”, sólo puede llegar a ser “informado” cuando se tienen datos provenientes de un EIA, que es en donde se establecerán los potenciales efectos de una actividad económica en el ambiente y entorno social.

Es esta conexión la que ha hecho que la propia Corte Interamericana, en el caso *Saramaka v. Surinam*, reconozca que: “[e]sencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”.¹²¹ Agregando que “... el Estado no debería haber otorgado concesiones madereras dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que hubiese cumplido con las tres garantías de *participación efectiva*, *beneficios compartidos* y *evaluaciones previas de impacto ambiental y social*”.¹²²

¹²⁰ *Ibidem*, para. 215-219.

El trasfondo de la secuencia seguida por la CIJ, consciente o no de ello, deriva de la estructura técnica implícita en todo EIA. Si alguno de aquellos pasos hubiese presentado algún defecto por la exclusión de Argentina, la secuencialidad del proceso se hubiese visto comprometida y, por tanto, el EIA hubiese perdido validez técnica. Ahora bien, la metodología adoptada por la CIJ fue la más compleja; creemos que bastaba determinar que una parte (Estado) o un actor relevante (comunidad) fue excluido del proceso de la aprobación del EIA (en similar sentido, de vincular el incumplimiento de las obligaciones procedimentales del Tratado con las provisiones sustanciales del mismo, véase: Corte Internacional de Justicia, *Argentina v. Uruguay* (Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma), para. 26) para determinar la paralización de las labores en el Río Uruguay hasta ser incorporada la información ambiental propuesta por la parte excluida y ajustada la información ambiental y las medidas derivadas de aquella nueva información si así fuese necesario (todo ello en sede nacional uruguaya). (Esta es, además, la posición que creemos que otros órganos de adjudicación internacional adoptarán, a riesgo de realizar una revisión técnica de cada uno de los elementos que componen el EIA, labor que no siempre están preparados para realizar. Con reparos sobre aquella capacidad, en el caso mencionado, véase *Argentina v. Uruguay* (Joint Dissenting Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma), para. 4.

¹²¹ Sentencia del Pueblo Saramaka v. Surinam..., *cit.*, para. 135-137.

¹²² *Ibidem*, para. 129 y 146, énfasis añadido.

La razón por la cual la Corte Interamericana concluye que la participación efectiva de las comunidades indígenas es obligatoria, se basa en lo establecido en el Convenio núm. 169 y en la jurisprudencia de otros sistemas. Tal obligación es esencial pues sólo si estos grupos participan podrán saber qué es lo que una empresa o Estado planea realizar en sus territorios (o cercanos a sus territorios) y así poder presentar sus dudas y/o aportes. Como es evidente, un Estado estará en la capacidad de explicar las implicaciones de las actividades a desarrollar (sus posibles impactos y las medidas para mitigarlas) sólo cuando se inicie el proceso de obtención de un EIA o una vez realizado éste. Por ello, consciente —del todo o no— de dicha interconexión, la Corte dispone también la obligación de obtener un EIA para aquellas actividades.¹²³ Si bien la Corte Interamericana hace una diferenciación entre “participación” y “consulta previa, libre e informada”¹²⁴ (siendo el último aplicable para casos de grandes inversiones de gran impacto, como inversiones de gran escala);¹²⁵ ambos mecanismos de inclusión se operativizan en un EIA.

Por otro lado, como se mencionara antes, la Corte Interamericana también realizó un análisis sobre la conexión entre la obtención de un EIA y la ejecución de un proyecto de inversión en el caso *Kichwa de Sarayacu v. Ecuador*. En este caso, la conexión que identifica la Corte Interamericana pareciera ser triple al conectar: a) proyectos de gran inversión; b) la obligación de obtener un EIA, y c) el cumplimiento de la obligación de consulta, previa e informada.

Al respecto, la Corte Interamericana señaló los siguientes puntos:

- 1) El derecho de consulta previa e informada se encuentra reconocido en el derecho internacional general. Y, “(Ecuador) al no informar ni consultar al Pueblo Sarayaku sobre el proyecto... incumplió sus

¹²³ *Ibidem*, para. 133.

¹²⁴ *Ibidem*, paras. 134 y ss.

¹²⁵ La diferencia se basa adicionalmente en el tipo de resultado que debe de obtenerse; en un caso la participación bastará, mientras que en la consulta, la obtención del consentimiento es lo buscado. Este extremo es sumamente cuestionable y no se contradice con lo establecido por la OIT ni por los comentarios que sus grupos de trabajo han realizado al respecto; sin embargo, dado la extensión del presente trabajo, no será revisado esto en detalle.

obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y de su derecho interno...”.¹²⁶

- 2) El derecho de consulta previa e informada tendrá los siguientes elementos esenciales: a) será de carácter previo (“en las primeras etapas del proyecto”); b) deberá llevarse a cabo de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo; c) se requiere un EIA, y d) deberá ser informada.

Lo que la Corte Interamericana señala plantea ciertos desafíos teóricos, no obstante, nos centraremos en el punto ii). Al respecto, considera como elementos del derecho de la consulta previa una serie de acciones y/o estudios, sin embargo, creemos que es un error describir al EIA como un elemento de la consulta previa. El EIA no constituye un elemento de la consulta, por el contrario es un requisito (o prerrequisito) de la misma y, por tanto, con vida autónoma. Es más, lo apropiado sería hablar de la consulta previa como un elemento de la “etapa de participación”¹²⁷ la cual forma parte del proceso de elaboración, revisión y aprobación de un EIA. Y esto, que a primera vista pareciera tener implicaciones puramente teóricas, tiene consecuencias serias para la viabilidad de un proyecto de inversión.

Así, al desconocerse la técnica del EIA es fácil afirmar, en el mismo sentido de la Corte Interamericana que: “... se debe consultar en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad”.¹²⁸ Coincidimos con la última parte de esta afirmación; sin embargo, no con la inicial, y en tanto la Corte Interamericana no explica qué es lo que entiende “por primeras etapas del plan de inversión” sólo queda entender esto en el sentido corriente del término.

Si es así, tendría que coincidirse en que las primeras etapas de inversión —que en muchos casos se encuentran constituidas por la obten-

¹²⁶ Sentencia del caso Comunidad Indígena Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador..., *cit.*, para. 126.

¹²⁷ No pretendemos desconocer la diferencia entre una participación ciudadana común y la consulta previa e informada (del que son titulares los “pueblos indígenas”). Sin embargo, la participación entendida de forma amplia es la etapa del EIA donde la consulta previa puede cumplir su función.

¹²⁸ *Ibidem*, para. 177.

ción de derechos sobre los recursos naturales (sin que ello implique el derecho de poder iniciar su explotación)—requieren antes de su otorgamiento la puesta en marcha de una consulta previa e informada. Sin embargo, estos derechos son entelequias y, por tanto, pueden formar parte de proyectos puramente teóricos. Por lo tanto, si se aplica lo señalado por la Corte Interamericana, se tendría que realizar, por ejemplo, una consulta previa en la etapa de obtención de concesiones, lo que para muchas actividades económicas no tendrá ningún sentido técnico pues en esa etapa no hay nada que informar y, por tanto, qué consultar. En esa etapa los inversionistas no están seguros de siquiera llevar a cabo el proyecto.¹²⁹ Lo que indicamos no es una interpretación de la posición de la Corte Interamericana; ya en el caso Saramaka y, nuevamente, en Sarayaku, se indica:

... la Corte ha establecido que los Estudios de Impacto Ambiental deben realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto... *y ser concluidos de manera previa al otorgamiento de la concesión*, ya que uno de los objetivos de la exigencia de dichos estudios es garantizar el derecho del pueblo indígena a ser informado acerca de todos los proyectos propuestos en su territorio.¹³⁰

Por otra parte, otra consecuencia de la falta de perspectiva sobre el funcionamiento de un EIA y los proyectos de inversión (especialmente extractivos) puede observarse cuando la Corte Interamericana establece

¹²⁹ *Ibidem*, para. 180. La Corte Interamericana, con el fin de concluir esto recuerda lo establecido por la OIT: “180. En lo que se refiere al momento en que debe efectuarse la consulta, el artículo 15.2 del Convenio núm. 169 de la OIT señala que “los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. Obsérvese cómo la OIT indica que la consulta debe ser previa a la prospección o explotación de los recursos, lo cual —aunque sin ser totalmente preciso— no genera distorsiones similares a la afirmación de la Corte Interamericana.

¹³⁰ *Ibidem*, para. 206.

Lo establecido por la Corte Interamericana podría relativizarse si se indican que aquel extremo estaría refiriéndose a “concesiones petroleras” (que en muchos casos son incluidas en contratos que permiten el desarrollo de un proyecto preciso). Sin embargo, debe recordarse que este criterio fue tomado del caso Saramaka en el que se habla además del otorgamiento de concesiones forestales y el desarrollo de actividades mineras.

que: “Puesto que el Estado debe garantizar estos derechos de consulta y participación *en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto...* estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medidas propuesta...”.¹³¹ Al respecto, sólo queda mencionar que un proyecto de inversión puede incluir —dependiendo del enfoque que se tome— 5 a más de 30 etapas, o incluso más.¹³² Requerir la consulta y participación en cada una de las etapas se torna económica, técnica y socialmente inviable.

En conclusión, puede apreciarse que el derecho ambiental internacional ha regulado el EIA y, además, ha sido incorporado en el derecho internacional general y, particularmente, el derecho internacional de los derechos humanos. Además, como ha podido observarse, el EIA otorga posibilidades para efectivizar algunos derechos de las “poblaciones indígenas”, como el derecho a la consulta, lo que ha permitido su reconocimiento en el SIDH de forma expresa.

Dicho reconocimiento es bienvenido, sin embargo, la racionalidad de los EIA aún no está claramente internalizada.¹³³

IV. EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DE LA LÓGICA DE LOS PROYECTOS EXTRACTIVOS

Para observar el impacto que genera un concepto indeterminado y gaseoso como el de “pueblos indígenas”, analizaremos su efecto en la puesta en marcha de proyectos extractivos ambientalmente viables (aquellas que tienen el propósito de cumplir con el EIA respectivo), y cómo esto a su vez involucra la efectivización del derecho de los pueblos indígenas a nivel interno de los Estados. Para ello, revisaremos la racionalidad de la ejecución de estos proyectos de inversión, que es la base económica sobre la que se sostiene un EIA.

¹³¹ *Ibidem*, para. 167.

¹³² Véase *Infra*, notas 193 y 194.

¹³³ Sobre la racionalidad de los EIA; véase *Infra* Sección 6.1.1.

1. *Proyectos de inversión: etapas y exigencias*

Los proyectos extractivos pasan por diversas fases antes de llegar a ser ejecutados.¹³⁴

En forma general, la primera etapa se enfoca en la elaboración de estudios superficiales y generales respecto al área en cuestión. De tratarse de un proyecto minero, lo principal será realizar una prospección superficial del terreno y de tratarse de un proyecto energético lo central será realizar estudios básicos del caudal del recurso hídrico.¹³⁵

Con aquella información, los inversionistas concluirán si es conveniente o no obtener derechos sobre los recursos naturales que pudiesen encontrarse en dicha área (en muchos órdenes legales esos derechos no implicarán obtener los derechos superficiales). La obtención de estos derechos usualmente se realiza mediante concesiones u otros derechos otorgados por el Estado.¹³⁶

Comúnmente, el paso siguiente será realizar actividades de exploración detallada, lo que en muchos casos significa obtener certificaciones ambientales, pues estas pruebas generan impactos ambientales y sociales (aunque de baja escala). Los resultados arrojarán información detallada de los yacimientos y/o potencial de los recursos.

¹³⁴ En las industrias extractivas se acepta, de forma general que las fases de un proyecto (minero, de hidrocarburo o energía) implican 4 etapas: a) exploración, b) desarrollo del proyecto (construcción), c) operación, y d) cierre. Esto se repite, con ciertas variaciones en las diferentes jurisdicciones de los Estados que se enfocan en la explotación de recursos naturales. Por ejemplo, en Canadá (Ontario) se reconocen las siguientes fases: Consulta, Evaluación, Exploración, Desarrollo, Producción y Cierre (véase Ontario, Ministry of Northern Development and Mines, en: <http://www.mndm.gov.on.ca/en/mines-and-minerals/mining-sequence>); en Canadá (British Columbia) se reconocen las siguientes fases: Geofísica, Exploración, Hallazgos, Desarrollo, Producción y Reclamación (véase British Columbia, Ministry of Energy and Mines and Responsible for Core Review, en <http://www.empr.gov.bc.ca/Mining/Pages/SixEssentialPhasesofMining.aspx>), etcétera.

¹³⁵ Al respecto, véase: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) - Informe de Claudine Sigam y Leonardo García. Extractive Industries: Optimizing Value Retention in Host Countries. 2012, en: http://unctad.xiii.org/en/SessionDocument/suc2012d1_en.pdf.

¹³⁶ Al respecto, véase United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Informe preparado por J. M. Otto. Mining, Environment and Development (4. Mineral policy, legislation and regulation), pp. 11, 18 y 19, en: http://www.commdev.org/files/1217_file_UNCTAD_Otto.pdf.

De esta forma, habiéndose obtenido los derechos sobre los recursos naturales y determinado los valores de los mismos, el paso siguiente será elaborar un estudio de factibilidad; para ese fin se realizan estudios generales sobre los aspectos sociales, ambientales, económicos y técnicos del proyecto y se demostrará la rentabilidad del mismo. Con esta documentación los privados podrán buscar el financiamiento del proyecto.¹³⁷

Una vez realizado esto, se decide desarrollar o no el proyecto; si se decide ejecutarlo, se elaborará un EIA el cual incorporará la información del estudio de factibilidad y en donde se determinará la línea base social y ambiental del área (es decir, la situación existente en el ambiente y la comunidad local al momento de realizarse el estudio),¹³⁸ los posibles impactos que generaría la actividad según la descripción del proyecto y las actividades de mitigación y monitoreo que deberán implementarse.¹³⁹

Esta descripción, aunque resumida, tiene como propósito mostrar cómo cada una de estas requiere una estricta predictibilidad legal, para así calcular el tiempo para el cumplimiento de obligaciones a las que quedarán sujetos los inversionistas cuando obtienen derechos sobre los recursos naturales. Estas obligaciones deberán cumplirse en tiempos determinados bajo caducidad o sanción y, se encontrarán incluidas en los derechos concesionarios, las certificaciones ambientales de la etapa de exploración, el EIA y los planes de manejo social y ambiental del proyecto.¹⁴⁰

¹³⁷ Sobre la estructura y la finalidad de un proyecto de factibilidad de la industria minera, véase Rupprecht, S., "Establishing the feasibility of your proposed mining venture. International Platinum Conference «Platinum Adding Value»", *The South African Institute of Mining and Metallurgy*, 2004. De igual forma, respecto a la relación entre el proyecto de factibilidad y la posibilidad de atraer financiamiento, véase de forma general: Benning, I., "Bankers' perspective of mining project finance", *Journal of The South African Institute of Mining and Metallurgy*, mayo-junio de 2000, pp. 145-152.

¹³⁸ Sobre el contenido y la técnica de elaboración de un EIA, véase Morris, Peter y Therivel, Riki, *Methods of Environmental Impact Assessment*, 3a. ed., Nueva York, 2009.

¹³⁹ Sobre la relación entre el EIA y las medidas de monitoreo o seguimiento, véase, de forma general, Arts, Jos *et al.*, "EIA follow up-Environmental impact assessment follow up: good practice and future directions. Findings from a workshop at the IAIA 2000 conference", *Impact Assessment and Project Appraisal*, vol. 19, núm. 3, 2001, pp. 175-185

¹⁴⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)-Informe preparado por J. M. Otto..., *cit.*, p. 20.

Dado el marco sumamente regulado en el que estas actividades de los inversionistas se desarrollan y las diversas obligaciones que surgen, resulta esencial contar con información fidedigna respecto a los aspectos técnicos, ambientales y sociales vinculados al proyecto. Para ello se requerirá información exacta respecto al aspecto ambiental y social del área.¹⁴¹ Esto último implicará poder identificar los actores de una determinada zona y la calificación especial que pudiesen tener (como ser una comunidad campesina o una comunidad nativa, indígena, tribal entre otros).¹⁴²

De no lograrse esta determinación precisa, los instrumentos sociales y ambientales, obligatorios para los inversionistas, serán pasibles de cuestionamientos y posteriores modificaciones; lo que acarrea atrasos del proyecto y en ciertos casos su inviabilidad.¹⁴³

2. *Los efectos de la indeterminación de la noción “pueblos indígenas” a la luz del enfoque extractivo*

Veamos los efectos específicos de la indeterminación de “pueblos indígenas”.

¹⁴¹ Esto se encuentra vinculado a la necesidad de incorporar en el EIA información fidedigna que permita predecir los riesgos que podría generar el proyecto (tanto ambientales, técnicos y sociales) y así establecer las medidas para hacerles frente, así como su cálculo económico. Sobre la técnica de identificación de riesgos en un EIA, véase: Kvaerner, Jens Swensen, Grete y Erikstand, Lars, “Assessing environmental vulnerability in EIA-The content and context of the vulnerability concept in an alternative approach to standard EIA procedure”, *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 26, núm. 5, 2006, p. 511-527.

¹⁴² Sobre la relevancia del momento en que los riesgos sociales deben identificarse, véase: Huertas Del Pino, Luis Felipe, “Structuring A Social Licence: An Oxymoron?”, *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Annual Review*, núm. 17, 2005, p. 10.

¹⁴³ La potencial inviabilidad de un proyecto extractivo como consecuencia del incumplimiento de los plazos de su cronograma (interno o aprobado por la autoridad administrativa) se basa tanto en la posible cancelación de la concesión o derecho extractivo como por la inviabilidad económica que enfrentaría el proyecto dado eventuales retrasos. En el caso de proyectos extractivos de significativa inversión cualquier variación de tiempo tiene un impacto económico importante. Al respecto, véase: Camus, Juan, *Management of Mineral Resources - Creating Value in the Mining Business*, Colorado USA, Society for Mining, Metallurgy and Exploration Inc. Littleton, 2002, pp. 48 y 49.

A. Los efectos económicos

Los proyectos extractivos se enmarcan en el derecho regulatorio estatal y constituyen actividades sumamente supervisadas y fiscalizadas desde el punto de vista técnico-ambiental. De esta forma, cuando la noción de “pueblos indígenas” se incorpora dentro de este marco legal, es necesaria la positivización del término. Si esta positivización se realiza sólo en parte o con una técnica legal incorrecta se produciría un número de problemas prácticos. Por ejemplo, no existirían parámetros concretos para identificar aquellos “pueblos”, quedando en la discreción de la administración estatal dicha labor; siendo así, para los particulares será imposible identificar previo a la decisión de inversión los grupos a los que les correspondería una consulta previa.

Una situación así, limita la capacidad de los Estados para atraer inversión, pues todo proyecto de inversión requiere la ejecución de estudios previos o “estudio de factibilidad” cuya finalidad es determinar si un proyecto extractivo o de otra índole según las circunstancias del lugar (técnico-económico-ambiental) y por los sujetos involucrados (aspecto social) puede generar retornos predecibles.¹⁴⁴ El estudio de factibilidad es imprescindible para obtener el financiamiento del proyecto.

Dejar sin contenido el concepto de “pueblos indígenas” significaría dejar abierto un flanco vital para un proyecto, en específico, lo concerniente al aspecto social del mismo, generando una situación borrosa difícil de ser internalizada por los inversionistas.¹⁴⁵ Debe resaltarse que el aspecto social de un proyecto puede determinar la imposibilidad y/o retraso de un proyecto de inversión. Esta limitación finalmente gene-

¹⁴⁴ Para una revisión más detallada del estudio de factibilidad y su vinculación con el financiamiento de un proyecto (minero), véase: Borquez, Guillermo y Thompson, James “Feasibility Studies” y Jackson, Guerdon y Waples, Bee “Feasibility Studies and Project Financing”, en B.A. Kennedy (edit.), *Surface Mining*, 2a. ed., Baltimore, USA, Society for Mining, Metallurgy and Exploration Inc., 1990, pp. 393-395 y 396-423.

¹⁴⁵ Lo que también es denominado riesgo político, institucional o regulatorio. Esto, a su vez, requiere de la transferencia del riesgo y, ante su imposibilidad, el abandono del proyecto. Sobre los riesgos en proyectos de gran escala, véase: Miller, Roger y Lessard, Donald *The Strategic Management of Large Engineering Projects-Shaping Institutions, Risks and Governance* Massachusetts Institute of Technology, 2000, pp. 165-179.

ra una polarización en donde se llega a contraponer el derecho de los pueblos indígenas con el derecho del Estado a su desarrollo económico.

B. *Los efectos sociales*

Uno de los efectos más perjudiciales de la indeterminación del término “pueblos indígenas” es el deterioro en la efectiva protección de aquellos grupos, debido a que los grupos a ser legítimamente considerados como “pueblos indígenas” no lograrán diferenciarse de las comunidades que sólo busquen dicho estatus con el fin de obtener réditos particulares. Esto hace que los verdaderos sujetos de protección se vean arrasados en la vorágine de desconfianza que se produce entre los actores intervinientes (el Estado, las comunidades y los inversionistas).

En una situación como esta, lejos de hacerse más fácil la aplicación y el resguardo de los derechos de los pueblos indígenas, los derechos que la conforman pueden ser dejados en suspenso hasta verificarse efectivamente la calificación de algún grupo como tal, según métodos particulares y heterogéneos a falta de una definición legal.

C. *Los efectos técnicos*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 32, numerales 2 y 3, señala lo siguiente:

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados...

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, *y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual*.¹⁴⁶
(Énfasis añadido)

Por su parte, en el caso *Saramaka vs. Surinam* la Corte Interamericana señaló que “... el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades

¹⁴⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena..., cit.

independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”.¹⁴⁷

Estos avances son importantes, pero igualmente insuficientes. Las obligaciones exigidas por la Corte Interamericana y, por algunos instrumentos internacionales, parecieran partir del supuesto de que la implementación de aquellas medidas es de fácil ejecución. Esto no se corresponde con la realidad, especialmente en el contexto de la falta de un concepto concreto de “pueblos indígenas”; dada esta situación, en muchos casos las obligaciones establecidas por la Corte Interamericana son imposibles de ejecutar.

Ejemplificaremos lo antes indicado; si la autocalificación es la piedra angular por la que una comunidad fuese a ser calificada como “pueblo indígena” (tal y como se establece en el Convenio 169), o si fuesen principalmente los usos sociales y culturales particulares de una comunidad, como lo indica la Corte Interamericana, un área donde se prevé realizar un proyecto de inversión podría contener decenas si no es que centenares de pueblos autodenominados y/o calificables como “indígenas o tribales”. Esta clasificación y/o autocalificación podrá surgir en el inicio del proyecto, como también una vez iniciado los procedimientos administrativos para la etapa de construcción de la misma.

Esta situación genera un efecto negativo al momento de la exigibilidad de la adopción de medidas de mitigación. Y es que los inversionistas no podrán determinar previamente el número concreto de “pueblos indígenas” existentes en una zona y, sin poder realizar esto, se vuelve imposible crear una línea base social concreta¹⁴⁸ sobre la cual se prevean los impactos sociales que la ejecución de un proyecto generará. Sin poder determinar los impactos sociales efectivos a producirse, se vuelve imposible determinar los mecanismos de mitigación aplicable a aquellos

¹⁴⁷ Sentencia Pueblo Saramaka vs. Suriname, *cit.*, para. 129.

¹⁴⁸ La línea de base social establece el número de actores sociales en una determinada zona y establece sus características especiales (si son comunidades urbanas, campesinas, nativas), el tipo de desarrollo económico del área, los índices de desarrollo, entre otros puntos. Esta constituye una “fotografía” de la situación social con el fin de poder predecir qué tipo de efectos podría generar el desarrollo de un proyecto de inversión. Los efectos podrán ser positivos (incremento de empleo en la zona, mayor poder adquisitivo de las comunidades, mayor infraestructura comercial, entre otros) como negativos (incremento en la prostitución, delincuencia, desarticulación de economías de escala local, entre otros).

impactos y, con ello, los estudios sociales y ambientales, que la propia Corte Interamericana señala como requisitos para la aprobación de proyectos de inversión, se vuelven imposibles de cumplir.

Además, dejar abierta la inclusión espontánea de diferentes comunidades genera una masificación que sólo implica un número elevado de comunidades en los estudios sociales. De ser así, los estudios sociales incluirán en muchos casos comunidades que no constituyen en estricto “pueblos indígenas”, pero que se autocalifican como tales o que tienen una forma muy elástica de vincularse con sus tierras. Esto fuerza a ajustar y crear medidas de mitigación innecesarias que competirán con otras medidas de mitigación legítimas.

En concreto, se producirá una competencia entre las medidas de mitigación a ser aplicadas y, en una realidad en donde los Estados promueven y tratan de que los proyectos de inversión sean aprobados y ejecutados, la masificación de comunidades sólo implica la indefensión de algunas comunidades (legítimas) frente a otras con miras a que el proyecto sea viable.

V. CONCLUSIONES

Actualmente existe una relativa indeterminación conceptual respecto a la noción de “pueblos indígenas”, siendo el derecho ambiental capaz de dar luces a las consecuencias de dicha situación.

Resolver la tensión de mantener una noción inclusiva de “pueblos indígenas” y, por otro lado, dar predictibilidad sobre las comunidades que gozarán de los mecanismos de protección de aquellos grupos es una tarea compleja.

El ejercicio de los derechos de los “pueblos indígenas”, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, surge especialmente cuando en los territorios de estos grupos se desarrollan o pretenden desarrollarse proyectos extractivos o de inversión. En este último caso, el Estado se encuentra enfrentado, por un lado, a proteger los derechos de los “pueblos indígenas” y, por otro lado, a hacer viable la ejecución de proyectos privados (como lo son los extractivos mineros, de hidrocarburos o

energéticos). En dicho ejercicio una delimitación informal de la noción de “pueblos indígenas” puede producirse sólo conllevando a la restricción poco técnica y desproporcional de sus derechos.

Nuestra posición final es que la adopción de una perspectiva realista sobre la materia será de la mayor utilidad. Con base en esta perspectiva, pensamos que los Estados pueden verse en la necesidad de restringir la noción de “pueblos indígenas” con el fin de hacer predecibles las obligaciones internacionales que surgen del derecho de los pueblos indígenas. Si esto fuese así, el derecho internacional debe ser capaz de establecer criterios aceptables, flexibles, objetivos y técnicos que permitan que cada Estado (según su realidad) efectúe la delimitación necesaria a la noción de “pueblos indígenas” para que dicha figura sea aplicable en *foro doméstico*.

Esta resulta una tarea pendiente y un posible derrotero de los próximos esfuerzos del derecho internacional de los derechos humanos aplicable a los “pueblos indígenas”.