

Johanna Fonseca

American University
johannafonseca0327@gmail.com

**Inclusión de los estándares internacionales sobre
los derechos de los pueblos indígenas en políticas
bancarias y programas REDD+**

*Inclusion of international standards on the rights of
indigenous peoples in Bank 's policies and
REDD + programs*

*Inclusão dos padrões internacionais dos direitos dos
povos indígenas nas políticas bancárias e
programas de REDD +*

Artículo de reflexión: recibido 22/08/2012 y aprobado 07/06/2013

Resumen

El presente ensayo analiza la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho y la política internacional, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El objetivo de tal reflexión es determinar el grado de implementación de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas por parte de los Estados, en particular Guatemala, respecto a los programas y proyectos de desarrollo. Para lograr tal objetivo, en un primer momento, se refleja la evolución del derecho internacional en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Posteriormente, se analiza la adecuación del derecho interno de los Estados a los estándares internacionales y regionales en la materia a la luz de las obligaciones internacionales de derechos humanos correspondientes y, finalmente, se aborda la consideración estatal de los derechos de los pueblos indígenas en programas y proyectos de desarrollo.

Palabras clave: Derechos Humanos, derechos de los pueblos indígenas, programas y proyectos de desarrollo.

Abstract

This paper evaluates the inclusion of the rights for indigenous peoples within the standards of international law and policy, in accordance to the obligations established by the International Law of Human Rights. The analysis targets to assess the degree of implementation of international standards on the rights of indigenous peoples, in the development programs and projects, by the Governments, particularly Guatemala. First, it reflects the evolution of the international law in relation to the recognition of the rights of indigenous peoples; then analyzes the adjustment of the internal law of States, to meet the international and regional standards, in the framework of relative international human rights' obligations. Finally, it addresses the importance that States have granted to the rights of indigenous peoples in development programs and projects.

Keywords: Human rights, indigenous peoples' rights, programs and projects.

Resumo

Este artigo analisa a inclusão dos direitos dos povos indígenas no direito e na política internacional, na base da declaratória do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O objetivo desta reflexão é determinar o grau de aplicação pelos Estados, especialmente da Guatemala, dos padrões internacionais referentes aos direitos dos povos indígenas no que diz respeito aos programas e projetos de desenvolvimento. A abordagem inicia refletindo sobre o processo da evolução do direito internacional com relação ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Segue logo uma análise concernente à conformação do direito interno dos Estados com os padrões internacionais e regionais

relativos à temática, à luz das obrigações internacionais de direitos humanos relacionados. No final, se considera a relevância que os Estados têm outorgado à inserção dos direitos dos povos indígenas nos programas e projetos de desenvolvimento.

Palavras-chave: Direitos humanos, direitos dos povos indígenas, programas e projetos.

Introducción

El presente ensayo analiza la inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en derecho y política internacional. El derecho internacional de derechos humanos ha tenido entre sus mayores logros el reconocimiento del derecho de estos pueblos a existir como pueblos distintivos; así como la obligación de los Estados de respetar sus derechos desde el seno de las instituciones estatales. Este reconocimiento es el resultado de años de lucha contra la discriminación estructural imperante en los Estados, la cual acarreó violaciones graves de los derechos de los pueblos indígenas, tanto a nivel individual de sus miembros, como a nivel colectivo de sus comunidades. El análisis propuesto en este ensayo persigue determinar el grado de implementación de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas por parte de los Estados, en particular Guatemala. Además, se analiza tal implementación en el seno de organizaciones internacionales intergubernamentales de la cual forman parte.

El Capítulo I refleja la evolución del derecho internacional en torno al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Esto incluye un análisis global de tal evolución, a efectos de comprender la dinámica de reconocimiento indicado teniendo presente las distintas fuentes del derecho internacional. Posteriormente, se analiza tal reconocimiento a nivel regional, considerando especialmente las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (sistema interamericano).

El Capítulo II analiza la adecuación del derecho interno de los Estados a los estándares internacionales y regionales en la materia a la luz de las obligaciones internacionales de derechos humanos correspondientes. En particular, se expone el grado de adecuación del derecho interno de Guatemala a tales estándares, teniendo presente los derechos territoriales de las comunidades Maya Q'eqchi' sobre cuyas tierras existen intereses de la industria extractiva.

Finalmente, el Capítulo III aborda la consideración estatal de los derechos de los pueblos indígenas en programas y proyectos de desarrollo. En especial, se analiza tal consideración en el marco de las políticas de salvaguardia que aplican los bancos multilaterales de desarrollo en aquellos proyectos que tienen lugar en territorios indígenas. Este análisis también abarca las políticas que se aplicarían en los proyectos atinentes a la Reducción de las Emisiones por Deforestación y Degradación de los Bosques, en tanto iniciativa global destinada a combatir alguno de los efectos del cambio climático.

Capítulo I

Históricamente, la comunidad internacional ha discriminado a los pueblos indígenas en su producción normativa. En las últimas décadas, se han desarrollado once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.¹ Sin embargo, solo el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es el único instrumento de carácter vinculante con contenido específico sobre los derechos de pueblos indígenas.

A nivel internacional, los Estados se han visto inmersos en un proceso de transición con respecto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Esto es así, en la medida que los primeros instrumentos fueron redactados y adoptados sin consideración alguna de los derechos *colectivos* de los pueblos indígenas. Por ejemplo, el Artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 protege explícitamente los derechos personales y culturales de las/os niñas/os indígenas desconociendo su pertenencia a un colectivo.²

Así, la historia de los pueblos indígenas está marcada por violaciones sistemáticas tanto de sus derechos territoriales como de sus derechos a la libre determinación y al autogobierno. Sumado a ello, la pasividad de la comunidad internacional ha puesto en riesgo la subsistencia de los pueblos indígenas como pueblos distintivos dentro de los existentes estados-nación. Por ende, la falta de reconocimiento internacional temprana de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sumada a la perpetración constante de violaciones sistemáticas de tales derechos por los Estados y particulares, han privado a los pueblos indígenas del derecho a existir como pueblos.

¹ Estos son: (1) la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948); (2) la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948); (3) la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); (4) el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966); (5) el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo (1966); (6) la Convención Americana sobre derechos humanos (1969); (7) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); (8) la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984); (9) el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989); (10) la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); y (11) la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

² Ver Convención sobre los Derechos del Niño art. 30, A. G. Res. 44/25 Doc. ONU A/RES/44/25 (1989).

1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional

A partir de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de NU en 1948,³ el derecho internacional se ha edificado de manera progresiva reconociendo derechos y garantías para todos los seres humanos, a través de las diversas fuentes del derecho internacional, tanto de las principales⁴ como de las subsidiarias.⁵

A nivel global, los derechos de los pueblos indígenas han sido abarcados en forma específica en dos instrumentos, a saber: (1) el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) y (2) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de NU). Estos instrumentos no reflejan sino la particularidad del cúmulo de derechos y obligaciones reflejados en el derecho internacional convencional y consuetudinario, pero con referencia particular a los pueblos indígenas. Por ejemplo, este es el caso del derecho a la libre determinación y el derecho de propiedad colectiva sobre tierras y recursos naturales, tal como se explica más adelante.

Los instrumentos mencionados representan compromisos asumidos por los Estados en la medida que han sido aceptados. Nótese que “[...] la participación de los Estados en la creación de normas, traduce un interés en su contenido y demuestra voluntad de cumplirlas.”⁶ Bajo este entendido, la cooperación de un Estado en el desarrollo de instrumentos y/o su posterior aceptación constituye el reconocimiento de la existencia de un ordenamiento jurídico vinculante.⁷ Así, tal conducta estatal acarrea la obligación de adoptar las medidas necesarias para cumplir con las diversas normas de tal ordenamiento.

El derecho internacional se compone de normas que emanan de distintas fuentes, no solo de los tratados. A criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte), el *corpus iuris* del derecho internacional de

³ Ver Declaración Universal de Derechos Humanos A. G. Res. 217 (III) A, Doc. ONU. A/RES/217(III) (11 dic. 1948).

⁴ Ver MONCAYO, VINUESA Y GUTIÉRREZ POSSE. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO (Editorial Victor P. De Zavalia, 1999) (indicando que las fuentes principales son los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho, en la medida que corresponden a los procesos de creación del derecho internacional).

⁵ *Id.* (señalando que las fuentes auxiliares son la jurisprudencia y la doctrina, por cuanto corresponden a aquellos medios subsidiarios para determinar normas jurídicas existentes—no crean normas por sí mismas).

⁶ *Id.*, Pág. 45.

⁷ *Id.*

derechos humanos se encuentra compuesto de una serie amplia de normas que generan diferentes efectos jurídicos.⁸ El desconocimiento estatal de la diversidad jurídica del derecho internacional y su obligatoriedad, responde al reconocimiento de una soberanía inquebrantable propia de un Estado absolutista.⁹ Afortunadamente, esta visión ha sido superada por las propias transformaciones sociales desde hace varios siglos. Actualmente, los Estados están sujetos a un conjunto de obligaciones nacionales e internacionales, el cual guía tanto las relaciones interestatales como la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales.

Ilustrando lo anterior, se considera el actuar de la Corte en casos que versaban sobre la violación de derechos colectivos de pueblos indígenas. Así, el tribunal ha tenido presente la diversidad del derecho internacional cuando el Estado en cuestión no había ratificado instrumentos *per se* vinculantes. Gracias a ello, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, por ejemplo, está ahora reconocido de manera expresa en la Declaración de NU.¹⁰ Este derecho dispone la facultad de los pueblos para establecer su condición política y determinar su desarrollo social, cultural y económico.¹¹ Sin embargo, este derecho ya se encontraba reconocido tanto en el derecho internacional convencional –conforme Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹²—como consuetudinario—conforme Resoluciones de la Asamblea General de NU.¹³

Ante la falta de reconocimiento expreso de este derecho a favor de los

⁸ Ver Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18 Par. 120 (17 sept. 2003).

⁹ Ver *generalmente*, Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, *supra* nota 4, Pág. 45.

¹⁰ Ver Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas Art. 3, A. G. Res. 295 Doc. ONU. A/RES/61/295 (13 sep. 2007).

¹¹ Ver Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Art. 1, A. G. Res. 2200 A (XXI) Doc. ONU A/RES/2200 (16 de Dic. 1966); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 1, A. G. Res. 2200 A (XXI) Doc. ONU A/RES/2200 (16 dic. 1966).

¹² *Id.*

¹³ Ver, Robert T. Coulter, *The Law of Self-Determination and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, 15 UCLA J. INT'L L. & FOR. AFF. 6-8, (17 oct. 2010) (estableciendo que el derecho internacional consuetudinario relativo a la libre determinación está determinado por tres Resoluciones de la Asamblea General de NU: (1) la Declaración sobre Otorgamiento de Independencia a Países Coloniales y Pueblos de 1960, (2) la Resolución (XV) de 1960, y (3) la Declaración de Principios de Derecho Internacional relativo a Relaciones Amistosas y de Cooperación entre Estados de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas de 1970).

pueblos indígenas en los instrumentos del sistema interamericano, la Corte ha acudido a otros instrumentos como herramienta interpretativa al aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención). Por ejemplo, en el *Caso Saramaka*, la Corte usó los instrumentos internacionales mencionados *ut supra* en la aplicación del Artículo 21 de la Convención referido al derecho de propiedad, a efectos de determinar la responsabilidad estatal en la limitación de los medios de subsistencia de un pueblo indígena dentro de su jurisdicción.¹⁴

El derecho colectivo de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, es otro ejemplo claro de la evolución del derecho internacional por medio de sus distintas fuentes. Este derecho se ha reconocido en el Convenio 169 de la OIT¹⁵ y en la Declaración de NU.¹⁶ Sin embargo, es un derecho históricamente reconocido por la costumbre internacional. En el *Caso Awas Tingni*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) argumentó a favor del derecho de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales en tanto norma del derecho internacional consuetudinario.¹⁷

Sobre la base de lo expuesto, es notoria la confirmación de la existencia de los derechos de los pueblos indígenas en diferentes fuentes del derecho internacional. A continuación, se analiza brevemente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de NU, como puntos de referencia clave en la evolución del derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas.

1.1 El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Este convenio se plantea como la superación de los lineamientos discriminatorios consignados en su predecesor, el Convenio 107 (Convenio 107), el cual fue adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1957.¹⁸ Según

¹⁴ Ver Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 172 Par. 93 (28 oct. 2007).

¹⁵ Ver Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes Art. 14(1), Junio 27, 1989, C169, disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

¹⁶ Ver Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 10, Art. 26.

¹⁷ Ver Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 79 Par. 140 (d).

¹⁸ Ver Convenio 107 de la OIT relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de Otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes, Junio 26, 1957, C107, disponible en <http://www.cesdepu.com/instint/oit107.htm>

el derogado Convenio 107, los pueblos indígenas y tribales pertenecen a una “etapa menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la colectividad [...]”,¹⁹ los cuales se encuentran “próximos a perder sus características [...]”.²⁰ Estas concepciones fueron rechazadas fuertemente por líderes políticos indígenas de todo el mundo en diversos foros internacionales, impulsándose así el surgimiento del actual Convenio 169.

El Convenio 169 fue aprobado por la OIT en 1989, pero sobre la base de un marco de igualdad, respeto y protección para los pueblos indígenas. Hasta el momento, este Convenio ha sido ratificado y adoptado por 22 países alrededor de todo el mundo,²¹ 14 de ellos en Latinoamérica,²² encontrándose abierto para mayores ratificaciones.

El Convenio 169 parte del principio de no-discriminación, el cual ha sido cristalizado como una norma de *ius cogens*.²³ Su objetivo es preservar la existencia de los pueblos indígenas en el seno de su organización socio-política y cultural.²⁴ Es por eso que este instrumento hace énfasis en el respeto a la integridad institucional, política, cultural, económica, social y espiritual de los pueblos indígenas.²⁵ Además, el convenio reconoce, entre otros, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras²⁶ y recursos naturales,²⁷

¹⁹ *Id.*, Art. 1(1).

²⁰ *Id.*, Art. 1(2).

²¹ Estos son: Argentina (2000), Bolivia (1991), Brasil (2002), República Centroafricana (2010), Chile (2008), Colombia (1991), Costa Rica (1993), Dinamarca (1996), Dominica (2002), Ecuador (1998), España (2007), Fiji (1998), Guatemala (1996), Holanda (0), Honduras (1995), México (1990), Nepal (2007), Nicaragua (2010), Noruega (1990), Paraguay (1993), Perú (1994) y Venezuela (2002).

²² Los países del sistema interamericano que han ratificado el Convenio 169 son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela.

²³ Ver Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 18 Par. 101. (17 sept. 2003).

²⁴ Ver La OIT y los Pueblos Indígenas y Tribales, Folleto No. 8 Pág. 2, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPLleaflet8sp.pdf>

²⁵ Ver Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *supra* nota 15, Art. 5.

²⁶ *Id.*, Art. 14 (estableciendo que “[d]eberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia...”).

²⁷ *Id.*, Art. 4 (1) (disponiendo el deber de adoptar medidas especiales de salvaguardia sobre el medio ambiente, entre otras cosas).

el derecho a ser consultados en situaciones que pudieran afectarles²⁸ y a emprender su desarrollo económico de manera autónoma y libre.²⁹

Por todo ello, el Convenio 169 ha sido usado en múltiples ocasiones por la Corte como un elemento clave de interpretación de las disposiciones generales de la Convención. Por ejemplo, en el *Caso Sawhoyamaya*,³⁰ la Corte interpretó el Artículo 21 de la Convención referente al derecho a la propiedad privada a la luz del desarrollo del derecho internacional plasmado en el Convenio 169.³¹ Así, dentro de los principales elementos de interpretación, la Corte consideró los lineamientos sobre los derechos territoriales contenidos en el Convenio 169, a efectos de determinar el alcance de tales derechos de la comunidad indígena en cuestión.³²

Sin perjuicio de ello, aún cuando el Convenio 169 ha sido tildado como “el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante sobre los derechos de los indígenas,”³³ no es un instrumento efectivo para muchos pueblos indígenas. En efecto, el Convenio 169 es hasta ahora el único instrumento vinculante. No obstante, esto es así solo para aquellos Estados que lo han ratificado, no para los restantes.

Aunado a lo anterior, el Convenio 169 no permite a los pueblos indígenas acceder en forma directa a los órganos de la OIT. Esto se debe a que este instrumento se basa en la relación jurídica tripartita sobre la cual se erige la OIT en su conjunto: Estados, empleadores y gremio de trabajadores. Por tanto, solo tales gremios tienen acceso directo a la OIT.³⁴ Lo anterior implica que, si una comunidad indígena vulnerada en sus derechos desea presentar su caso ante la OIT por incumplimiento del Convenio 169, solo puede hacerlo a través de un gremio de trabajadores.

El caso de las comunidades Maya Q’eqchi’ en Guatemala ilustra lo expuesto *ut supra*. Estas comunidades accedieron en 2005 a la OIT por medio

²⁸ *Id.*, Art. 6 (estableciendo el deber de los gobiernos de adoptar medidas de consulta y participación efectiva de los pueblos indígenas susceptibles a afectaciones en programas y políticas).

²⁹ *Id.*, Art. 7 (1).

³⁰ Ver *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 146 Par. 117 (29 mar. 2006).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Inter-Am. Comm’n H.R., Doc. OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 59 REV. Capítulo X, P Par. 7 (2 jun. 2000).

³⁴ Ver Constitución de la Organización Internacional del Trabajo Art. 24.

de la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad.³⁵ Ciertamente, este gremio alegó la violación del derecho a la consulta de 20 comunidades Maya Q'eqchi' con motivo de concesiones mineras hechas por Guatemala sobre tierras indígenas, sin haber realizado consultas previas con las comunidades afectadas.³⁶ No obstante, esta reclamación fue resuelta más de dos años después de haberse puesto en conocimiento del Comité de la OIT a favor de las comunidades Maya Q'eqchi' afectadas.³⁷ Así, este procedimiento ante la OIT obstaculiza el acceso directo para muchos pueblos indígenas, inclusive para aquellos ubicados en Estados que han ratificado el Convenio 169.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Convenio 169 ha actuado como un punto de referencia significativo para procesos de reforma constitucional, legislativa, institucional y social de países con alta población indígena.³⁸ Esto ha sido claramente positivo y evidencia un cambio de conciencia en materia de protección y respeto de los derechos de los pueblos indígenas.

1.2 La Declaración de NU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de NU fue adoptada por la Asamblea General de NU en 2007.³⁹ Este instrumento representa el resultado de amplias discusiones en

³⁵ Ver Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (num. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Federación de Trabajadores del Campo y la Ciudad, 4 jun. 2007, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=87&chapter=16&query=Guatemala%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>

³⁶ *Id.*, Par. 9 (estableciendo que “[l]a organización reclamante alega que el Gobierno de Guatemala, a través de su Ministerio de Energía y Minas, el día 13 de diciembre de 2004, expidió una licencia de exploración minera para el níquel y otros minerales a la empresa Exploraciones y Explotaciones Mineras Izabal S.A. (EXMIBAL), ahora llamada Compañía Guatemalteca de Níquel S.A. (CGN), para iniciar actividades de exploración minera en territorio del pueblo indígena Maya Q'eqchi', en el municipio de El Estor del departamento de Izabal, sin haber realizado el proceso de consulta previa con el pueblo interesado. En el área del polígono bajo licencia están ubicadas 19 comunidades indígenas...”).

³⁷ *Id.*, Par. 61 (indicando que “[e]l Comité solicita al Consejo de Administración que adopte el presente informe, en particular el párrafo 60, y que declare cerrado el presente procedimiento”).

³⁸ Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Inter-Am. Comm'n H.R., Doc. OEA/Ser. L/V/II.106, Doc. 56 (30 dic. 2009).

³⁹ Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 10.

la comunidad internacional por un período mayor a 30 años,⁴⁰ donde los líderes políticos indígenas abogaron por el reconocimiento del derecho de sus pueblos a existir como tales en los Estados Miembro de NU.

En principio, la Declaración de NU *per se* carece de efecto vinculante. Sin embargo, actúa como un instrumento de coerción moral y política para los Estados Miembro de NU. Esto significa que su cumplimiento por los Estados es una señal de respeto hacia el consenso universal plasmado en su adopción. Por este motivo, la violación de este consenso puede implicar para el Estado agresor consecuencias adversas en sus relaciones comerciales, políticas y sociales dentro de su territorio, así como en sus relaciones bilaterales con otros Estados y/o sujetos de la comunidad internacional.

La Declaración de NU se encuentra marcada por diversos desarrollos relevantes en el derecho internacional. Estos son: (1) la participación activa de los pueblos indígenas, tanto en el proceso de negociación del texto de la Declaración de NU como en el proceso de adopción por NU;⁴¹ (2) la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁴² y otros tratados regionales de derechos humanos; (3) el Convenio 169 de 1989; (4) el Convenio sobre Biodiversidad Biológica de 1993;⁴³ (5) el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por la Comisión en 1997;⁴⁴ y (6) la jurisprudencia construida por la Corte a partir del *Caso Awás Tingni* de 2001.

⁴⁰ Relator Especial, *Informes Temáticos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: Antecedentes*, Doc. ONU E/CN.4/2006/78 (indicando que “[l]as actividades oficiales de [NU] en relación con las cuestiones indígenas comenzaron en 1970, con la recomendación formulada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías” (por Rodolfo Stavenhagen), *disponible en* <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2008/Indigenas/libro%20pdf/Libro%20Stavenhagen%20UNESCO.pdf>

⁴¹ Ver Luis Enrique Chávez, Claire Chambers y Rodolfo Stavenhagen, editores 2010, *La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas Rompiendo el Impasse: El punto medio*, en *El Desafío de la Declaración -Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas* 102, 104. Párr. 4.

⁴² Ver Organización de Estados Americanos, Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 nov. 1969. O.E.A.T.S. No. 36, *disponible en* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>

⁴³ Ver Convenio sobre la Diversidad Biológica, Dec. 93/626/CEE, 25 oct. 1993, ratificado por 193 países, *disponible en* <http://www.un.org/es/events/biodiversityday/convention.shtml>

⁴⁴ Ver La Asamblea General de la OEA solicitó en 1989 a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la preparación de un instrumento jurídico relativo a los derechos de las “poblaciones indígenas”. Este fue aprobado por la Comisión en 1997, *disponible en* <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/actividades/declaracion.asp>

La Declaración de NU se plantea como el fin de una etapa de discusión, así como el inicio de una etapa de reforma y creación de los mecanismos de cada Estado enfocados en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Esta declaración es un logro indiscutible donde la mayoría de los Estados miembros de NU coincidieron en la necesidad de brindar protección especial a los pueblos indígenas en cada territorio.⁴⁵ No obstante, no puede aseverarse como un instrumento de solución universal para todas las problemáticas que por siglos han enfrentado los pueblos indígenas.

Así, deben considerarse tres circunstancias afines a la Declaración de NU. En primer lugar, contiene un conjunto de principios y derechos mínimos necesarios para la subsistencia digna de los pueblos indígenas, tanto a nivel individual de sus miembros como a nivel colectivo de sus comunidades. Este contenido debe ser concebido como un marco jurídico especial y no como un conjunto de derechos de naturaleza cerrada y arbitraria. Esto es así, en consideración a que existe una relación de reciprocidad entre los instrumentos internacionales presentes y futuros y la Declaración de NU, la cual permite orientar con coherencia los sistemas jurídicos de los Estados.

En segundo lugar, aunque la Declaración de NU no dispone mecanismos para denunciar su incumplimiento por parte de algún Estado, su contenido refleja derechos de los pueblos indígenas protegidos por diferentes instrumentos de naturaleza vinculante y no-vinculante, cuyo cumplimiento está sujeto a la supervisión de distintos órganos. Por ejemplo, el derecho a la libre determinación reconocido en la Declaración de NU ya estaba protegido por el PIDESC y el PIDCP, cuyo cumplimiento es supervisado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁴⁶ En este orden, la Declaración de NU actúa como un marco de creación y adecuación jurídica, pero también de interpretación.

⁴⁵ Ver Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *disponible en* <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/declaration.html> (estableciendo que la Declaración de NU “fue aprobada por la Asamblea General el jueves 13 de septiembre, con 144 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Desde su aprobación, Australia, Nueva Zelanda, Canadá y los Estados Unidos de Norteamérica han revertido su decisión y ahora se han adherido a la Declaración. Colombia y Samoa también han revertido su posición y han indicado su apoyo a la Declaración”).

⁴⁶ Ver, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Vigilancia del ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, *disponible en* <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>

En tercer lugar, la utilidad de la Declaración de NU depende del respeto y del seguimiento que le brinde la comunidad internacional y los Estados a sus lineamientos. En opinión de la Comisión, la Declaración de NU “[h]a comenzado a jugar un papel similar al del Convenio 169 como guía para la implementación y adopción de normas y políticas públicas [...]”⁴⁷, lo cual debería ser considerado por los Estados. Lejos de quebrantar la soberanía de un Estado en particular, la Declaración de NU debe ser vista como un paso significativo en la histórica lucha de los pueblos indígenas para lograr el respeto de su derecho a existir como pueblos distintivos.

1.3 Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano

Tal como se ha visto hasta ahora, la Comisión y la Corte han sido activas en la aplicación de los instrumentos del sistema interamericano a la luz de los avances del derecho internacional. Todo esto, debido al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas relativos a sus tierras, territorios, recursos naturales, libre determinación y autogobierno. Para dicha labor han sido utilizadas, además de la costumbre internacional, tanto las disposiciones de la Convención como de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) de 1948.⁴⁸

La Convención es el principal instrumento regional de naturaleza vinculante. No obstante, en el *Caso Dann*, la Comisión ha establecido que la Declaración Americana es también fuente de obligaciones internacionales en la región, porque las obligaciones contenidas en ella emanan del derecho consuetudinario y de obligaciones asumidas por los Estados Miembro de la Organización de Estados Americanos en materia de derechos humanos.⁴⁹ Sin dudas, esto refleja una interpretación evolutiva de la Convención a la luz de los parámetros del derecho internacional contenidos en la Declaración Americana.⁵⁰

⁴⁷ Ver Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, *supra* nota 38, Par. 23.

⁴⁸ Ver Organización de Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2 jun. 1998, AG/RES. 1591 (XXVIII-O/98).

⁴⁹ Ver *Carrie Dann Vs. Estados Unidos*, Caso 11.140, Inter-Am. Comm’n H.R. Informe N. 75/02, 27 dic. 2002, Par. 163.

⁵⁰ Ver Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos, Opinión Consultiva, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 10, Par. 163 (14 jul. 1989).

La Convención ha sido clave en la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Todo esto, fundamentalmente, en lo que respecta a la protección de los derechos territoriales a la luz de su Artículo 21 referido al derecho de propiedad.⁵¹ En este sentido, la Corte se ha valido de las reglas de interpretación reflejadas en el Artículo 29(b) y (d) de la Convención⁵² y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁵³ Además, la Corte ha usado como herramientas interpretativas el Convenio 169 y la Declaración de NU para darle contenido a las disposiciones generales de la Convención, tal como se explicó oportunamente.

Así, la Corte ha realizado una interpretación evolutiva de los términos de la Convención. En el *Caso Awas Tingni*, la Corte consideró que el contenido de un tratado internacional, cuyo objeto son los derechos humanos, posee un sentido autónomo que debe adecuarse a las transformaciones sociales.⁵⁴ Por ejemplo, la Corte consideró la costumbre de los pueblos indígenas para la determinación de los alcances del deber de prevención de los derechos protegidos por la Convención, el cual ha sido construido por la Corte a partir del *Caso Velásquez Rodríguez*.⁵⁵ Finalmente, en las medidas provisionales del *Caso Sarayaku*, la Corte reconoció las costumbres indígenas como factor determinante en la comprensión de la

⁵¹ Ver Organización de Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, *supra* nota 42. Art. 21. “Derecho a la Propiedad Privada (1). Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. (2). Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. (3). Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley. (Paréntesis fuera del texto)”

⁵² *Id.*, Artículo 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:... (b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;... (d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁵³ *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 125 Par. 125, 126 (17 jun. 2005) (afirmando que “al dar interpretación a un tratado no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención)).

⁵⁴ *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, *supra* nota 17, Par. 146.

⁵⁵ *Caso Velásquez- Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 4, Par. 174. (29 jul. 1988).

importancia de las tierras y los territorios indígenas para su subsistencia, forma de vida y tradiciones.⁵⁶

Asimismo, la Corte tuvo presente las costumbres y formas tradicionales de organización colectiva indígenas para determinar el alcance del deber de reparación contenido en la Convención. Esta obligación se encuentra reflejada en el Artículo 63(1) de la Convención, el cual contiene una norma de derecho internacional consuetudinario que, a su vez, constituye uno de los principios del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados.⁵⁷ En el *Caso Aloeboetoe*, la Corte ponderó el derecho civil estatal con el derecho consuetudinario del indígena (Saramaka) en materia de sucesiones, decidiéndose por la aplicación de este último para determinar los herederos titulares de las compensaciones decretadas como consecuencia de la ejecución extrajudicial de hombres miembro del pueblo indígena en cuestión.⁵⁸

Finalmente, la Corte también ha tenido presente la costumbre y las formas tradicionales de organización colectiva indígena para determinar la violación de derechos protegidos por la Convención. Con respecto al derecho de propiedad (Artículo 21), en el *Caso Awas Tingni*, la Corte consideró que dicho artículo protegía el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas partiendo de la noción colectiva de estos pueblos sobre su relación con sus tierras tradicionales, dando prevalencia al marco de propiedad comunal sobre el concepto individualista de propiedad reflejado en el texto de la Convención.⁵⁹ Finalmente, en relación con los derechos políticos (Artículo 23), en el *Caso Yatama*, la Corte estableció la responsabilidad internacional del Estado al haber desconocido la forma tradicional de organización colectiva de los pueblos indígenas afectados por normas discriminatorias del sistema electoral, las cuales los obligaban a constituirse en partidos políticos para poder participar en contiendas electorales.⁶⁰

⁵⁶ Caso Pueblo Indígena de Sarayaku Vs. Ecuador, Medidas Provisionales, Inter-Am. Ct. H.R. Resolución de 17 jun. 2005, Considerando 9.

⁵⁷ Caso De la Cruz Flores vs. Perú, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser.C) No. 115, Par. 139 (18 nov. 2004).

⁵⁸ Ver Caso Aloeboetoe y otros vs. Suriname, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 11, Par. 62 (4 dic. 1991).

⁵⁹ Ver Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *supra* nota 17, Par.149, 148.

⁶⁰ Ver Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 127, Par. 218, 224 (23 jun. 2005).

Capítulo II

La incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional ha sido lenta, pero progresiva en la mayoría de los Estados. Instrumentos tales como el Convenio 169 y la Declaración de NU, contribuyen significativamente al desarrollo progresivo del derecho internacional de derechos humanos. Sin embargo, resulta inoficioso que los Estados asuman compromisos internacionales como parte de su política exterior, sin que tales compromisos se traduzcan en reformas legales e institucionales acordes hacia el interior de sus sistemas jurídicos. Así, resulta preocupante la incompatibilidad jurídica existente entre los estándares internacionales en la materia y los sistemas jurídicos y políticas públicas de los Estados.

El Relator Especial de NU sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades de los Pueblos Indígenas (Relator) comparte esta preocupación. En su opinión, en múltiples casos las normas internacionales son ignoradas por los funcionarios públicos, incluyendo aquellos encargados de impartir justicia.⁶¹ Esta situación termina menoscabando la utilidad de los instrumentos internacionales, especialmente aquellos que versan sobre derechos humanos.

A este respecto, deviene necesario conocer cuáles son las obligaciones internacionales de derechos humanos que pesan sobre los Estados, en especial en nuestra región. En el marco del sistema interamericano, la Convención establece explícitamente tres obligaciones, a saber: (1) la obligación de respetar los derechos a la luz de su Artículo 1(1); (2) la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno según su Artículo 2; y (3) la obligación de reparar las violaciones de derechos de acuerdo a su Artículo 63(1).

El Estado puede incumplir con tales obligaciones tanto por acción como por omisión. Por acción, el Estado incumple la obligación de respetar los derechos cuando sus órganos o agentes perpetran la violación en ejercicio de sus funciones. Por ejemplo, en el *Caso Awas Tingni*, la Corte determinó la responsabilidad internacional de Nicaragua porque el órgano ejecutivo permitió la extracción de recursos naturales por una empresa privada al concederle la respectiva licencia.⁶² Por omisión, el Estado incumple idéntica obligación cuando sus órganos o

⁶¹ Ver Relator Especial, *Informes Temáticos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: Antecedentes*, *supra* nota 40.

⁶² Ver Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *supra* nota 18, Par. 153(2).

agentes omiten adoptar las medidas necesarias que garanticen el pleno ejercicio de los derechos. En el *Caso Awas Tingni*, la Corte estableció la responsabilidad internacional porque el órgano ejecutivo de Nicaragua omitió demarcar, delimitar y titularizar las tierras de la comunidad *Awas Tingni*, violando así su derecho de propiedad colectivo sobre tales tierras.⁶³

Finalmente, el Estado puede incumplir las obligaciones indicadas *supra* a través de cualquiera de sus órganos. El Estado incumple la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno cuando su órgano legislativo adopta una legislación contraria a los estándares que surgen de la Convención, entre otros instrumentos. En el *Caso Yatama*, la Corte estableció la responsabilidad internacional de Nicaragua, en virtud de la legislación electoral adoptada por su órgano legislativo porque tal legislación no contemplaba las costumbres y formas tradicionales de organización colectivas indígenas,⁶⁴ tal como se explicó oportunamente en el Capítulo anterior. Finalmente, el Estado puede incumplir obligaciones internacionales por conducta de su órgano judicial. En el *Caso Yatama*, la Corte también estableció la responsabilidad internacional estatal, porque el tribunal electoral aplicó la legislación electoral en cuestión, violando así los derechos políticos de las comunidades indígenas dentro de su jurisdicción.⁶⁵

1. Caso de Estudio: Las Comunidades Indígenas Maya Q'eqchi' en Guatemala

Guatemala es uno de los países de la región con mayores porcentajes de población indígena. Más del 50% del total de la población nacional es parte de los pueblos Mayas, Xincas o Garífunas⁶⁶. Al mismo tiempo, estos pueblos sufren los mayores índices de pobreza y segregación social en el país⁶⁷ y fueron víctimas de violaciones sistemáticas de sus derechos humanos en el marco del conflicto armado interno.⁶⁸

⁶³ *Id.*, Par. 153(1), 154.

⁶⁴ *Caso Yatama v. Nicaragua*, *supra* nota 60, Par. 218.

⁶⁵ *Id.*, Par. 224.

⁶⁶ Ver Relator Especial, *Informes Temáticos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: Antecedentes*, *supra* nota 40.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ Ver generalmente, GUATEMALA: MEMORIA DEL SILENCIO. Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH). Ciudad de Guatemala, febrero de 1999: Conflicto Armado en Guatemala 1962 y 1996, disponible en <http://www.edualter.org/material/guatemala/segnovmemoria.htm>.

Guatemala es Estado Parte del sistema interamericano para todos sus efectos legales. En efecto, Guatemala ha ratificado la Convención en 1978⁶⁹ y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte en 1987.⁷⁰ Además, Guatemala ha ratificado el Convenio 169 en 1996⁷¹ y ha votado a favor de la adopción de la Declaración de NU por la Asamblea General en 2007.⁷²

No obstante, existe una amplia brecha entre los compromisos internacionales asumidos por Guatemala y su sistema jurídico interno. Guatemala carece de legislación que reconozca los derechos de los pueblos indígenas relativos a sus tierras, recursos naturales, libre determinación y autogobierno, a la luz de los estándares que gobiernan la materia. Más preocupante aún, su sistema legal desconoce cabalmente la naturaleza jurídica de los pueblos indígenas como sujetos de derechos distintivos. Todo esto, a pesar de los parámetros constitucionales mínimos establecidos para pueblos indígenas, los cuales disponen protecciones especiales en materia de tierras, sistemas de vida, desarrollo económico y condiciones laborales.⁷³ En consecuencia, las comunidades indígenas sujetas a su jurisdicción deben acoplarse a leyes y políticas públicas diseñadas para el general de la población, tal como se explica a continuación.

En materia de tierras “públicas”, actualmente existen dos leyes dispuestas a atender las necesidades de la población: la Ley de Transformación Agraria⁷⁴ y la Ley del Fondo de Tierras.⁷⁵ Estas leyes tienen en común dos aspectos: en primer lugar, ambas se encuentran destinadas a toda la población campesina de Guatemala, dentro de los cuales se incluye a los pueblos indígenas⁷⁶; en segundo lugar, el manejo que ambas leyes dan a

⁶⁹ Ver, OEA. Información General de Tratados, *disponible en* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Ver, Cultural Survival, “Guatemala incluye en su Constitución el Convenio 169 de la OIT: Guatemala ratificó el Convenio 169 en 1996”, *disponible en* <http://www.survival.es/noticias/5624>

⁷² Ver, Situación Actual de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas, *disponible en* <http://ictsd.istec.org/Blog/F76AD31A-0A78-443D-B930-DCED8225B812.html>

⁷³ Ver Constitución Política de Guatemala 1985, Sección Tercera: Comunidades Indígenas, Art. 66-70.

⁷⁴ Ver Ley de Transformación Agraria, Decreto Número 1551 de 1962 del Congreso de la República de Guatemala, *disponible en* <http://es.scribd.com/doc/43769154/Ley-Transformacion-Agraria>

⁷⁵ Ver Ley del Fondo de Tierras, Decreto 24-99 de 1999, Congreso de la República de Guatemala, *disponible en* <http://natlaw.com/interam/ar/rp/st/starrp5.pdf>

⁷⁶ *Id.*

las tierras responde a fines económicos basados en la necesidad de ejecutar actividades de agricultura sobre las mismas.⁷⁷

Así, la Ley de Transformación Agraria “posibilita” en su Artículo 77 que ciertas personas de la población, según sus condiciones sociales, adquieran tierras siempre y cuando “su titular sea una empresa campesina asociativa, cooperativa o asociación de trabajadores de campo”⁷⁸ o “[c]uando los beneficiarios constituyan una colectividad de campesinos que puedan explotar la tierra comunitariamente”⁷⁹. Bajo ningún concepto, esta ley contempla la particularidad distintiva de los pueblos indígenas en tanto sujetos de derechos, los cuales no constituyen una “empresa” ni mucho menos una “colectividad de campesinos.”

De este modo, los pueblos indígenas deben acoplarse a un sistema agrícola para poder ostentar un “título” sobre sus tierras, el cual dista mucho de lo que corresponde a la luz de los estándares internacionales. Nótese que, según la Ley del Fondo de Tierras, los miembros de las comunidades indígenas son considerados como “campesinos sin tierras”, dejándoles sin herramientas jurídicas especiales a su favor.⁸⁰ Además, el “título” en cuestión no reconoce el derecho colectivo de dominio o propiedad a favor de cada comunidad indígena, tal como lo determinó la Corte en el *Caso Awas Tingni*.⁸¹ Por el contrario, las comunidades indígenas reciben “títulos” en tanto “patrimonio agrario colectivo”,⁸² en virtud del cual, se reconoce de manera individual el derecho de propiedad por cada familia u organización económica con varias limitaciones.

Asimismo, los pueblos indígenas deben pagar por el “título” que se les otorga.⁸³ Ambas leyes desconocen la posesión tradicional de las tierras por comunidades indígenas, así como la especial relación existente entre los pueblos indígenas y sus tierras tradicionales. En el *Caso Awas Tingni*, la Corte estableció que la posesión tradicional de tierras por comunidades indígenas surte los mismos efectos jurídicos que un título otorgado por los Estados.⁸⁴

⁷⁷ Ver Ley de Transformación Agraria, Decreto Número 1551, *supra* nota 82, Art. 77.

⁷⁸ *Id.*, Numeral A.

⁷⁹ *Id.*, Numeral B.

⁸⁰ Ver Ley del Fondo de Tierras, Decreto 24-99 de 1999, *supra* nota 83, Considerando 1.

⁸¹ Ver Caso comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *supra* nota 18 Par. 149.

⁸² Ver Ley de Transformación Agraria, Decreto 1551, *supra* nota 74.

⁸³ *Id.*, Art. 104.

⁸⁴ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, *supra* nota 18, Par. 151.

En el *Caso Yakye Axa*, la Corte señaló que existe una estrecha relación del vivir indígena con sus territorios tradicionales y recursos naturales, lo cual escapa de ser un mero medio de subsistencia.⁸⁵ En efecto, la vigencia de tal estrecha relación acarrea la realización de un pueblo en materia espiritual, lo cual es necesario para su subsistencia cultural.⁸⁶

Sumado a lo anterior, los procesos de adjudicación de tierras regulados por estas leyes pueden tardar décadas aunque se hayan satisfecho los requisitos legales disponibles. Existen numerosos casos donde comunidades indígenas que se sometieron a tales procesos siguen aún a la espera del “título” que reconozca sus derechos sobre sus tierras. Esta demora contradice lo establecido por la Corte en el *Caso Yakie Axa*, en virtud del cual, los procesos de adjudicación de tierras deben ser simples y proveer a los pueblos indígenas de una verdadera posibilidad de contar con el reconocimiento de sus derechos colectivos de propiedad sobre sus tierras.⁸⁷ Estas situaciones han llegado al conocimiento de altos tribunales de justicia en Guatemala. Sin embargo, estas intervenciones legales han sido ignoradas y mantenidas en secreto por las instituciones guatemaltecas encargadas de los procesos de adjudicación.⁸⁸ Es decir, que tampoco existe un recurso efectivo con el que los pueblos indígenas puedan defender sus derechos territoriales.

En particular, esta situación afronta la comunidad Maya Q’eqchi’ Agua Caliente. Esta comunidad está formada por 385 personas aproximadamente y está ubicada en el municipio de El Estor, Izabal. Esta comunidad ha hecho profundos esfuerzos por más de 30 años, a efectos de obtener el reconocimiento de su derecho colectivo de dominio sobre sus tierras

⁸⁵ Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, *supra* nota 57, Par. 135.

⁸⁶ *Id.*, Par. 163.

⁸⁷ *Id.*, Par. 102.

⁸⁸ Ver, Defensa Territorios: Sentencia histórica de la Corte Constitucional de Guatemala, el secreto mejor guardado. Domingo 17 de julio de 2011 “El máximo Tribunal de Guatemala tomó una decisión histórica hace casi seis meses que se presume hubiera arrojado una ola de cambios a nivel nacional para los pueblos indígenas. Sin embargo, el Gobierno de Guatemala no ha implementado esta orden judicial de manera adecuada y oportuna. El caso versa sobre el derecho colectivo de propiedad sobre la tierra de Agua Caliente, una comunidad Maya Q’eqchi’ de 385 personas en El Estor, en la provincia de Izabal. La sentencia del Tribunal en febrero de 2011 reconoce el derecho de propiedad colectiva de la Comunidad”, disponible en : http://defensaterritorios.org/index.php?option=com_content&view=article&id=8864:sentencia-historica-de-la-corte-constitucional-de-guatemala-el-secreto-mejor-guardado&catid=372:pueblos-indigenas-y-afrodescendientes&Itemid=276

ancestrales para conservar así la integridad de su pueblo y territorio. No obstante, Guatemala no ha conferido los títulos de propiedad respectivos. En su lugar, ha ejecutado acciones dilatorias impidiendo que esta comunidad adquiera el reconocimiento legal de sus derechos territoriales.

Las tierras de la comunidad Agua Caliente, así como de otras comunidades Maya Q'eqchi', son actualmente objeto de concesiones mineras.⁸⁹ A pesar de las intervenciones hechas por organizaciones internacionales como la OIT,⁹⁰ la violación de los derechos territoriales de estas comunidades indígenas persiste. Afortunadamente, esta situación ha sido puesta en conocimiento de la Comisión, en virtud de una Petición presentada el 19 de agosto de 2011 por Indian Law Resource Center en representación de la comunidad Agua Caliente.⁹¹

Así las cosas, no se comprende cómo un Estado continúa socavando la identidad y cultura de su población indígena. Las herramientas jurídicas a favor de los pueblos indígenas no son muchas. Sin embargo, la efectividad de las existentes depende directamente del compromiso que asuman los Estados al tener conocimiento de este tipo de casos y las correcciones legislativas e institucionales que adopten en sus sistemas jurídicos. Así, Estados como Guatemala deben adecuar su ordenamiento jurídico a los estándares internacionales, con el fin de respetar las obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas y permitir así la continuidad de sus pueblos indígenas como tales.

⁸⁹ Ver Plaza Pública Periodismo de Verdad, "El níquel, los mapas y los campesinos de la tierra roja", disponible en <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-niquel-los-mapas-y-los-campesinos-de-la-tierra-roja> (resaltando que "[l]a Compañía Guatemalteca de Níquel y sus propietarios, canadienses antes y rusos ahora, se aprestan a iniciar la explotación de la reserva de 41.4 millones de toneladas del mineral en Izabal. (...) Si para eso tienen que desalojar a 15 comunidades Q'eqchis con intimidaciones y artimañas legales o impedir que reporteros se acerquen a los campesinos bajo amenazas de AK47, será solo parte del plan de expansión).

⁹⁰ Ver Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Guatemala del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, Reclamación (artículo 24) - Guatemala - C169 - 2007 Par. 43. "El Comité tomó nota de que tanto el Gobierno como la FTCC (Federación de Trabajadores del Campo) se refieren a la preocupación de las comunidades indígenas acerca de la legalización de sus tierras, de la interferencia que las actividades mineras puedan provocar en ese proceso así como el riesgo de que provoquen el desplazamiento de las comunidades", disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/singles.pl?query=162007GTM169@ref&chspec=16>

⁹¹ Ver, Comunidad Maya Q'eqchi' busca asistencia internacional para obtener justicia en Guatemala, disponible en <http://www.indianlaw.org/node/833>

Capítulo III

La idea antagónica de alejar a los pueblos indígenas del desarrollo, es una idea que continúa siendo superada por los países en vías de desarrollo. Frente a la creciente crisis económica que afrontan decenas de países en las últimas décadas, las principales políticas económicas centran sus esfuerzos en la explotación y aprovechamiento de tierras y recursos naturales.

En muchos casos, los recursos naturales explotados descansan en los territorios de los pueblos indígenas. Irónicamente, los pueblos indígenas continúan siendo quienes menos información tienen sobre los motivos de explotación de sus tierras o el destino de sus recursos. En la mayoría de los casos de apropiaciones de tierras indígenas para su explotación, no se satisfacen los procedimientos mínimos de participación y consulta.⁹² Más grave aún, no se tienen en cuenta de manera efectiva los estándares internacionales sobre pueblos indígenas en la creación e implementación de políticas y proyectos que buscan mitigar los efectos de la destrucción ambiental.⁹³

El aprovechamiento de los recursos naturales ha permitido grandes márgenes de crecimiento económico en todo el mundo. No obstante, además de la violación constante de derechos territoriales perpetrada por Estados y particulares contra los pueblos indígenas, la falta de medidas que amortigüen los altos niveles de contaminación y destrucción ambiental ha ocasionado efectos adversos a nivel mundial,⁹⁴ particularmente para quienes la tierra y los recursos naturales son vitales para su subsistencia.

Es por ello que la cuestión de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional no puede ser abordado sin incluir dos temas de gran

⁹² Ver Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, “La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica” (30 de mayo de 2011) (por James Amaya), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoEIDiquis30-5-11.pdf>

⁹³ Ver generalmente, Indian Law Resource Center Comments and Recommendations on the IFC’s proposed Policy on Social and Environmental Sustainability and Performance Standards, Jul. 2010, disponible en <http://www.indianlaw.org/content/comments-and-recommendations-ifc’s-proposed-policy-social-and-environmental-sustainability-a>

⁹⁴ Ver Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático 1(1), FCCC/INFORMAL/84* (19 de mayo de 1992), disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf> (definiendo “efectos adversos del cambio climático” como los cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos.” [En adelante Convención marco])

envergadura e impacto en sus medios de subsistencia, tales como las políticas de salvaguardia de los bancos multilaterales de desarrollo y de los programas relativos a la Reducción de las Emisiones Derivadas de la Deforestación y Degradación Forestal, los cuales se analizan a continuación.

1. Políticas de Salvaguardia de los Bancos Multilaterales de Desarrollo

Generalmente, en “grandes proyectos de desarrollo”⁹⁵, los Estados necesitan apoyarse financieramente en los bancos multilaterales de desarrollo (bancos). Los principales bancos que operan en nuestra región son: (1) el Banco Mundial;⁹⁶ (2) la Corporación Financiera Internacional;⁹⁷ y (3) el Banco Interamericano de Desarrollo.⁹⁸ La finalidad de estos bancos es erradicar la pobreza en los países en vías de desarrollo, la cual no debe ser motivo para vulnerar derechos protegidos por el derecho internacional.

Estos bancos no solo financian proyectos, además guían su implementación estatal por medio de políticas de salvaguardia. Estas políticas están destinadas a prevenir la perpetración de daños a las personas y el medio ambiente.⁹⁹ Sin

⁹⁵ Ver Relator Especial, *Informes Temáticos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas: Antecedentes*, *supra* nota 40, Pág. 49 (indicando que “[p]or gran proyecto de desarrollo se entiende un proceso de inversión de capital público y/o privado, nacional o internacional para la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada; la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad sobre la misma; la explotación en gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo; la construcción de centros urbanos, fábricas, instalaciones mineras, centrales energéticas).

⁹⁶ El Banco Mundial fue creado en 1944. Banco Mundial, Historia, *disponible en* <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20143048~menuPK:2450131~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>

⁹⁷ Ver La Corporación Financiera Internacional fue creada en 1956, es la institución afiliada del Grupo del Banco Mundial que se ocupa del sector privado que constituyó el primer paso que dio la comunidad internacional para fomentar la inversión del sector privado en las naciones en desarrollo. Corporación Financiera Internacional, Acerca de la IFC, *disponible en* <http://www.ifc.org/spanish>

⁹⁸ El Banco Interamericano de Desarrollo fue fundado en 1959 y es la principal fuente de financiamiento multilateral para el desarrollo económico, social e institucional sostenible de América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo, Acerca del BID, *disponible en* <http://www.iadb.org/es/acerca-del-bid/historia-del-banco-interamericano-de-desarrollo,5999.html>

⁹⁹ Ver, Guía del Banco Mundial para Parlamentarios. Las políticas de salvaguardia del Banco Mundial fueron originalmente elaboradas como Políticas Operacionales Internas (OPs - Internal Operational Policies) para guiar al personal; luego evolucionaron presionadas por los grupos sociales y medioambientales para convertirse en compromisos públicos con el objetivo de evitar el hacer daño”, *disponible en* http://siteresources.worldbank.org/EXTPARLIAMENTARIANS/Resources/Parliamentarians_Book_Revised_Spanish_Formatted.pdf

embargo, estas políticas se inclinan en mayor escala a satisfacer intereses socio-económicos más que a prevenir la violación de derechos protegidos por el derecho internacional,¹⁰⁰ especialmente de los derechos de los pueblos indígenas. De hecho, estos bancos desconocen la obligación de respetar derechos que les cabe en tanto organizaciones internacionales gubernamentales.¹⁰¹

Como corolario de lo expuesto, “los conflictos que surgen a raíz de los proyectos de desarrollo en las tierras de los pueblos indígenas traen consigo sendas violaciones de los derechos humanos”.¹⁰² Por ejemplo, en la ejecución del proyecto hidroeléctrico “El Diquis” en Costa Rica, el Relator constató la violación del derecho de consulta previa con los pueblos indígenas que resultaban afectados por el proyecto, así como la ausencia de mecanismos y/o instituciones dispuestas a atender las quejas o peticiones de los líderes indígenas que se sintieran afectados con la realización del proyecto.¹⁰³ Nótese que la construcción de la obra referida trajo consigo la inundación de las tierras indígenas. Sin embargo, los agentes estatales consideraron innecesario llevar a cabo un proceso de reasentamiento y evadieron así cualquier proceso de consulta con los pueblos indígenas afectados, ignorando así sus peticiones.¹⁰⁴

Desafortunadamente, lo expuesto no constituye un caso aislado en la región. En efecto, idénticas violaciones de derechos fueron detectadas en otros proyectos. Por ejemplo, el proyecto hidroeléctrico “Chixoy” en Guatemala trajo el desplazamiento forzoso de numerosas comunidades indígenas debido a la inundación de sus territorios, así como la tortura y ejecución extrajudicial de sus líderes que se opusieron al proyecto.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Ver *generalmente*, Indian Law Resource Center, Actualización y Fortalecimiento de la Política sobre Pueblos Indígenas del Banco Mundial (11 de julio de 2011), disponible en <http://www.indianlaw.org/sites/default/files/07%2011%202011%20Indian%20Law%20Resource%20Center%20Ltr%20to%20Pres%20%20Zoellick.pdf>

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² Ver Relator Especial, *Informes Temáticos sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*, *supra* nota 40, Pág. 56.

¹⁰³ Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*, *supra* nota 92.

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ Ver Informe de Identificación y Verificación de Daños y Perjuicios Ocasionados a las Comunidades Afectadas por la Construcción de la Hidroeléctrica Chixoy, elaborado por el Gobierno de Guatemala, la Organización de Estados Americanos, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo & Coordinadora de Comunidades Afectadas por la Hidroeléctrica de Chixoy (Nov. 9, 2009), disponible en <http://www.avidima.org/documentos/informes/inform>

Los Estados que reciben financiamiento de estos bancos deben cumplir con sus políticas de salvaguardia, las cuales versan sobre distintos “asuntos sociales y ambientales”. En materia de pueblos indígenas, estos bancos cuentan con políticas destinadas a prevenir daños a los pueblos indígenas. Por ejemplo, el Banco Mundial cuenta con la Política Operacional sobre Pueblos Indígenas (OP 4.10)¹⁰⁶ y Normas de Procedimiento del Banco (BP 4.10),¹⁰⁷ la Corporación Financiera Internacional con la Norma de Desempeño 7 Pueblos Indígenas,¹⁰⁸ y el Banco Interamericano de Desarrollo con la Política Operativa sobre Pueblos Indígenas.¹⁰⁹

El contenido de estas políticas coincide en la necesidad de establecer salvaguardias de los pueblos indígenas. Entre otras, estas políticas establecen como salvaguardia procesos de participación y consulta destinados a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en aquellos casos en los cuales pueden resultar afectados en cualquiera de las etapas del proyecto.¹¹⁰ De este modo, los proyectos

edeidentificacionyverificacionaprobado-final-%5b1%5d.pdf Ver también Observaciones sobre la situación de los pueblos indígenas en Guatemala en relación con los proyectos extractivos, y otro tipo de proyectos, en sus territorios tradicionales. Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Amaya. Página 5, párrafo 6 (4 de marzo de 2011), disponible en <http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-de-guatemala-en-relacion-con-los-proyectos-extractivos>

¹⁰⁶ Ver Manual de Operaciones del Banco Mundial, Políticas Operacionales, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP4.10.July1.2005.Spanish.pdf>

¹⁰⁷ *Id.* Normas de Procedimiento del Banco, disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>

¹⁰⁸ Ver, Norma de Desempeño 7 Pueblos Indígenas del 1 de enero de 2012, disponible en http://www1.ifc.org/wps/wcm/connect/f6a7cd8049a79b58b993fba8c6a8312a/PS7_Spanish_2012.pdf?MOD=AJPERES

¹⁰⁹ Ver, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, Unidad de Pueblos Indígenas y Desarrollo Comunitario, Política operativa sobre pueblos indígenas, 22 de febrero de 2006, disponible en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=691246>

¹¹⁰ Ver, OP 4.10 Párr. 1; BP 4.10 Párr. 7: “En todos los proyectos propuestos para financiamiento por el Banco que afectan a Pueblos Indígenas, el Banco exige que el prestatario lleve a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada. El Banco solo otorga financiamiento para el proyecto cuando las consultas previas, libres e informadas dan lugar a un amplio apoyo al mismo por parte de la comunidad. Se obtiene el amplio apoyo de los representantes de los principales sectores de la comunidad”; Norma de Desempeño 1 Párr. 19: “Cuando las comunidades (indígenas y no indígenas) locales pueden verse afectadas por los riesgos o impactos adversos de un proyecto, el cliente (prestatario) establecerá un proceso de participación que incluirá la consulta con ellas.”; Política Operativa Sobre Pueblos Indígenas Párr. 4.2 (a): “Operaciones específicamente dirigidas a beneficiarios indígenas deberán contar con el apoyo o la no-objeción del respectivo país miembro y con procesos socio-culturalmente apropiados de consulta con los pueblos indígenas involucrados.

sobre los cuales los Estados buscan financiación son así orientados y “controlados” por los bancos.

No obstante, deben considerarse dos aspectos: el primer aspecto obedece a la reducida importancia que tanto los Estados como los bancos están prestando a los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹¹¹, y el segundo aspecto radica en la falta de inclusión en las políticas de salvaguardia de estos bancos de los derechos distintivos de los pueblos indígenas a la luz del derecho internacional.¹¹²

Los Estados no deben privar a los pueblos indígenas de la oportunidad de ser sujetos activos de desarrollo, en especial cuando los proyectos tienen lugar en territorios indígenas. No hay razones, distintas a la discriminación y abuso, para negarle a los pueblos indígenas ser partícipes en la creación de proyectos y participar en los beneficios que se derivan de tales proyectos. En virtud del derecho a la libre determinación y del derecho colectivo de propiedad sobre sus territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su desarrollo social y económico, así como a disponer de sus recursos en beneficio de los miembros de sus comunidades, según sus costumbres y tradiciones. Un desarrollo económico que fortalezca las instituciones y condiciones de vida, es claramente positivo para los pueblos indígenas, sin que ello signifique la pérdida de su cultura.

2. Políticas de Salvaguardia de los Programas REDD+

Actualmente, las consecuencias de la destrucción desmesurada de recursos naturales del suelo y subsuelo, se divisan de manera creciente en un fenómeno ambiental conocido como “cambio climático” o “calentamiento global”.¹¹³ Así, los abruptos cambios de temperatura en la atmósfera amenazan a millones de

Las consultas llevadas a cabo deberán efectuarse de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento”.

¹¹¹ Ver Informe: Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas “*La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica*”, *supra* nota 92.

¹¹² Ver Indian Law Resource Center, Actualización y Fortalecimiento de la Política sobre Pueblos Indígenas del Banco Mundial, *supra* nota 100. (indicando que “[e]l continuo rechazo a un enfoque de derechos humanos pareciera contradecir la posición de los países nórdicos, los cuales han contribuido sustancialmente al Banco a través del Fondo Nórdico con el objetivo de lograr mayor respeto a los derechos humanos en las operaciones del Banco. Este rechazo no puede justificarse con el argumento de que el Convenio Constitutivo del Banco lo prohíbe”).

¹¹³ Ver Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, *supra* nota 94, 1(2) (definiendo “cambio climático” “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”).

poblaciones con la ocurrencia de desastres naturales actuales. A criterio del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, la mayor parte del calentamiento global actual se debe a la emisión de “gases de efecto invernadero”¹¹⁴ causadas por el hombre.¹¹⁵

La comunidad internacional ha respondido a este fenómeno por medio de la adopción de tratados e iniciativas globales destinadas a la Reducción de las Emisiones Derivadas de la Deforestación y Degradación Forestal (REDD+). Por ejemplo, la Convención Marco sobre el Cambio Climático (Convención Marco) fue adoptada en 1992¹¹⁶ y el Protocolo de Kyoto en 1997.¹¹⁷ En el marco de las conferencias de las partes de la Convención Marco, también se han adoptado importantes acuerdos, tales como los Acuerdos de Cancún en 2010,¹¹⁸ los cuales establecen directrices que deben gobernar las políticas que serán aplicadas en los programas REDD+. El Programa ONU-REDD de NU¹¹⁹ y el Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques del Banco¹²⁰ manejan los programas REDD+.

No obstante, la Convención Marco adolece de serias falencias que pueden conducir a violaciones de derechos humanos, en especial de los derechos de los pueblos indígenas. En primer lugar, las indicadas medidas de mitigación de los efectos del cambio climático carecen de un enfoque basado en derechos humanos.¹²¹ En segundo lugar, esta no precisa claramente sus objetivos y carece de una meta definida en términos de cifras, tiempo y actores para

¹¹⁴ *Id.*, en Art. 1(5) (definiendo “gases de efecto invernadero” como “aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja”).

¹¹⁵ *Ver generalmente* Climate Change 2007- Synthesis Report, adopted at IPCC Plenary XXVII, Valencia, España, 12-17 noviembre 2007 (IPCC AR4 Synthesis Report), Página 72.

¹¹⁶ *Ver generalmente* Convención Marco, *supra* nota 113.

¹¹⁷ Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, FCCC/INFORMAL/83* (1998), *disponible en* <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>

¹¹⁸ *Ver* Convención Marco sobre el Cambio Climático, Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16o. Período Ordinario de Sesiones celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010, FCCC/CP/2010/7/Add.1 (15 de marzo de 2011) [en adelante, Acuerdos de Cancún].

¹¹⁹ *Ver generalmente* Programa ONU-REDD, <http://www.un-redd.org/> (última visita de 30 de diciembre de 2011).

¹²⁰ *Ver generalmente* Fondo Cooperativo para el Carbono de los Bosques, <http://www.forestcarbonpartnership.org/fcp/>

¹²¹ *Ver generalmente* Indian Law Resource Center, Comments on the UN-REDD Programme Guidelines on Free, Prior and Informed Consent, enero 2012, disponibles en <http://www.indianlaw.org/sites/default/files/2012-01-15%20ILRC%20FPIC%20Guidelines%20Comments%20ENG.pdf> [en adelante, Comentarios de Indian Law Resource Center].

la reducción de gases contaminantes.¹²² En tercer lugar, esta distribuye de manera desproporcionada las cargas sobre los Estados en el proceso de mitigación de las consecuencias del cambio climático, afectando más a los países más pobres.¹²³ Nótese que, por un lado, los países en vía de desarrollo, muchos de los cuales están en nuestra región, están sujetos a parámetros desfavorables porque exponen el bienestar de sus poblaciones, incluyendo pueblos indígenas. Por el otro, los países más industrializados y con altos índices de contaminación ambiental no están adoptando medidas efectivas de sostenibilidad ambiental que respeten los derechos humanos.¹²⁴

El Programa ONU-REDD (ONU-REDD) juega un rol crítico, no solo al financiar proyectos REDD+ sino también al regularlos por medio de sus políticas. En términos generales, ONU-REDD es “[u]na iniciativa colaborativa de las Naciones Unidas [...] para ayudar a los países en desarrollo,”¹²⁵ la cual consiste en atribuir a los bosques un valor monetario basado en su capacidad de almacenar carbono para reducir la emisión de gases del efecto invernadero.¹²⁶ ONU-REDD está desarrollando las siguientes políticas: (1) “Borrador de Directrices sobre el Involucramiento de las Partes Relevantes en la Preparación para REDD, con un enfoque en la Participación de los Pueblos Indígenas y Otras Comunidades Dependientes de los Bosques”;¹²⁷ (2) “Borrador de Principios y Criterios Sociales y Ambientales”;¹²⁸ y (3)

¹²² Ver Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Relación entre el Cambio Climático y los Derechos Humanos 13, A/HRC/10/61 (15 de enero de 2009) [en adelante, Informe sobre Cambio Climático y Derechos Humanos].

¹²³ *Id.*, en Párr. 10.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Ver generalmente Programa ONU-REDD, <http://www.un-redd.org/AboutREDD/tabid/582/Default.aspx> (última visita de 5 de enero de 2011).

¹²⁶ Ver generalmente, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, REDD Letter day for forest UN and Norway UN to combat Climate Change from Deforestation (24 de septiembre de 2008), <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.Print.asp?DocumentID=545&ArticleID=5930&l=fr>

¹²⁷ Ver Programa ONU-REDD, Borrador de las Directrices para el Involucramiento de las Partes Relevantes en la Preparación para REDD+ con un Enfoque en la Participación de los Pueblos Indígenas y otras Comunidades Dependientes de los Bosques, Borrador de 18 de mayo de 2010. Disponible en: http://api.ning.com/files/6zZ9WoRwgMDV8Wxb2pa2W-606*xxtQBedAm1K6WBY0RFpFqXDqkk0i9jYBQEu-lVkh7vU2XXoqV1vSzU43NjXPQcPJpx6mAj/FCPFUNREDDStakeholderGuidelines_May26_for_translationCLEANSPA.pdf

¹²⁸ Ver Programa ONU-REDD, Principios y Criterios Sociales y Ambientales, Versión 2, Borrador para Comentarios de septiembre 2012. Disponible en: http://www.redd-standards.org/files/REDDSES_Version_2/REDDSES_Version_2_-_10_September_2012_SPANISH.pdf

“Borrador de Directrices sobre Consentimiento Previo, Libre e Informado”,¹²⁹ entre otras.

Existe un alto potencial que los proyectos REDD+ violen derechos humanos. Aquellos proyectos REDD+ que tengan lugar en territorios indígenas pueden llegar a afectar considerablemente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho de dominio o propiedad sobre sus tierras y recursos naturales y el derecho a la libre determinación. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha reconocido estas preocupaciones en materia de derechos humanos¹³⁰ y ha adelantado que el cambio climático también puede potencialmente afectar derechos humanos individuales, tales como el derecho a la vida y el derecho a la salud, entre otros.¹³¹ Es por eso que los Acuerdos de Cancún resaltan que “las Partes, en todas las actividades relacionadas con el cambio climático, deberían respetar plenamente los derechos humanos”.¹³²

Desafortunadamente, ninguno de los borradores de políticas de ONU-REDD protege en forma específica los derechos colectivos de los pueblos indígenas.¹³³ En efecto, ONU-REDD carece de una política específica que proteja los territorios e instituciones de gobierno de los pueblos indígenas, los cuales son indispensables para su sobrevivencia como pueblos distintivos en los existentes estados-nación”.¹³⁴ Todo esto, a pesar de que los Acuerdos de Cancún expresamente exigen “respeto por el conocimiento y los derechos de los pueblos indígenas [...], tomando en consideración las obligaciones internacionales pertinentes y las circunstancias y la legislación nacionales, y teniendo presente que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”.¹³⁵

¹²⁹ Ver Programa ONU-REDD, Directrices del Programa ONU-REDD sobre el Consentimiento Libre, Previo e Informado, Borrador para Comentarios de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.unredd.net/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=1334&Itemid=53

¹³⁰ Ver Informe sobre Cambio Climático y Derechos Humanos, *supra* nota 122 en Párr. 39-41, 51-4.

¹³¹ *Id.* en Párr. 20-38.

¹³² Ver Acuerdos de Cancún, *supra* nota 118 Párr. 8.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ Ver Comentarios de Indian Law Resource Center, *supra* nota 121 Párr. 13 (traducción no oficial).

¹³⁵ Ver Acuerdos de Cancún, *supra* nota (...), en Apéndice 1: Orientación y Salvaguardias Aplicables a los Enfoques de Política y los Incentivos Positivos para las Cuestiones Relativas a la Reducción de las Emisiones debidas a la Deforestación y la Degradación Forestal en los

Las políticas en desarrollo de ONU-REDD no tienen presente a los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos. En efecto, en todos los borradores de estas políticas “los pueblos indígenas son abordados como ‘partes relevantes’ o agrupados en el marco de un paraguas indefinido de ‘comunidades dependientes de los bosques’.”¹³⁶ Este enfoque no es consistente con el sólido reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, ni siquiera tampoco con la atención particular que los bancos prestan a los pueblos indígenas por medio de políticas específicas que bregan por su protección, tal como se explicó oportunamente en este ensayo.

Finalmente, la falta de consideración de los pueblos indígenas como titulares de derechos humanos contradice instrumentos claves de NU en materia de desarrollo y derechos humanos. Por ejemplo, cabe mencionar el Entendimiento Común de las Naciones Unidas sobre el Enfoque Basado en Derechos Humanos para el Desarrollo Cooperativo, el cual establece la obligación de estas agencias de adoptar sus políticas de desarrollo basándose en derechos humanos.¹³⁷ Por último, el enfoque de ONU-REDD pareciera contradecir la propia Declaración de NU, cuyo Artículo 41 establece que los órganos y agencias especializadas de NU “contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la [...] Declaración mediante la movilización [...] de la cooperación financiera y la asistencia técnica”.¹³⁸ Así las cosas, la atención que organizaciones y Estados provean al desarrollo económico de la región a la luz de derechos humanos, resulta de vital importancia, habida consideración del alto porcentaje de población indígena que habita en Latinoamérica, en cuyos territorios yace la mayor concentración de recursos naturales y bosques ricos. Solo así, la proclamación de derechos podrá verse acompañada de acciones destinadas a respetar las diferencias, en tanto diferencias que deben ser protegidas sin discriminación.

160

Países en Desarrollo; y Función de la Conservación, la Gestión Sostenible de los Bosques y el Aumento de las Reservas Forestales de Carbono de los Países en Desarrollo, 2(c).

¹³⁶ Ver Comentarios de Indian Law Resource Center, *supra* nota 121 Párr. 16.

¹³⁷ Ver *generalmente*, Entendimiento Común de las Naciones Unidas sobre Enfoque Basado en los Derechos Humanos para el Desarrollo Cooperativo (2003), *disponible en* http://www.unfpa.org/derechos/docs/entendimiento_onu.doc

¹³⁸ Ver Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *supra* nota 10, Art. 41.

Conclusión

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido uno de los grandes logros del derecho internacional de derechos humanos. Quien sea consciente de la relación especial de estos pueblos con sus tierras y recursos naturales, entenderá el deber internacional e interno que tienen los Estados de proteger su subsistencia como sujeto colectivo en el seno de sus costumbres, cultura e instituciones.

Actualmente, la comunidad internacional posee múltiples instrumentos proveídos por las diversas fuentes del derecho internacional dispuestas a proteger a los pueblos indígenas como sujetos distintivos. Sin embargo, estos instrumentos no surtirán efecto alguno si los Estados no cumplen los compromisos internacionales asumidos en forma voluntaria.

Desafortunadamente, uno de los mayores obstáculos en la materialización de los derechos de los pueblos indígenas, resulta ser la falta del compromiso serio por parte de los Estados en dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales en la materia. Esto se refleja en la incompatibilidad del derecho interno con los estándares internacionales de derechos humanos y su evolución a través de los tiempos.

La comunidad internacional no puede retroceder en el reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas por medio de los proyectos REDD+. ONU-REDD, en tanto agencia de NU con un mandato clave en materia de REDD+, debe guiar a los países en vías de desarrollo interesados en REDD+ en la prevención de violación de derechos por medio de la adopción de políticas claras en la materia. Resulta menester considerar el grado de vulnerabilidad en el cual se hallan los pueblos indígenas frente a las políticas de desarrollo económico que aplican Estados y terceros obviando los derechos de estos pueblos.

La meta debe ser incluir los derechos humanos como un marco de acción prioritario en todos los aspectos relevantes del funcionamiento de los Estados y las organizaciones internacionales intergubernamentales. Para ello, garantizar plenamente la participación de los pueblos indígenas y proteger sus derechos en los proyectos de desarrollo promovidos por los Estados, constituye un punto de partida clave que ofrece mayores oportunidades para que ambas partes logren un auténtico entendimiento y establezcan entre ellas una relación de confianza.

Referencias

- Chávez, L. E. (2010). La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas Rompiendo El Impasse: El punto medio. En Chambers C. y Stavenhagen R. (Eds.) El desafío de la declaración. Historia y futuro de la Declaración de la ONU sobre pueblos indígenas. Copenhague, Dinamarca: IWGIA.
- Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1991) Guatemala: Memoria del silencio. “Conflicto Armado en Guatemala 1962 y 1996”. Disponible en <http://www.edualter.org/material/guatemala/segnovmemoria.htm>
- Coulter, R. T. (2010). The Law of Self-Determination and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, *UCLA J. INT’L L. & FOR. AFF*, 15
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. San José, Costa Rica: OEA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales: Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: OEA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva (17 Sept. 2003), “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, (Ser. A) No. 18 Párrafo 120.
- Moncayo, V. y Gutierrez P. (1990). Derecho Internacional Publico, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Editorial Víctor P. De Zavalía.