

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**La libre determinación de los pueblos indígenas como base
para la reclamación de la soberanía de los pueblos indígenas
sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, en
especial los no renovables**

David Alejandro Rubio Torres

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, mayo de 2009

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**La libre determinación de los pueblos indígenas como base
para la reclamación de la soberanía de los pueblos indígenas
sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, en
especial los no renovables**

David Alejandro Rubio Torres

Alejandro Ponce

Director de Tesis

Jaime Veintimilla

Miembro del Comité de Tesis

Patricio Hernández

Miembro del Comité de Tesis

Fabían Corral

Decano Colegio de Jurisprudencia

Quito, mayo de 2009

© David Rubio Torres

2009

Resumen

El propósito de la presente tesina es demostrar que los pueblos indígenas, como pueblos, tienen derecho a la libre determinación en sus territorios. La garantía del territorio, como espacio indispensable para el ejercicio de su derecho a libre determinarse, implica el respeto de los derechos territoriales de los pueblos indígenas que va más allá de la simple protección tradicional de la propiedad e implican autonomía y soberanía de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, incluidos los no renovables y del subsuelo. Este respeto al territorio y la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales priman, en base al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre cualquier otra norma política, económica u organizativa del Estado.

Abstract

The main purpose of this study is to demonstrate that indigenous peoples, as peoples, have the right to self determine themselves in their territories. The indigenous territory is the space where they exercise their self determination right; consequently, the indigenous territorial rights are more protective than the traditional concept of civil property and include autonomy and sovereignty over their natural resources, even the non-renewable ones. The respect of the indigenous territory and their sovereignty over their natural resources prevail, in the frame of International Human Rights Law, to any act, economic interest or political rule inside the State.

A mis profesores, familia y amigos

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION.....	8
CAPITULO I.....	13
LOS PUEBLOS INDIGENAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	13
LA SITUACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	14
EL CONCEPTO DE PUEBLOS INDÍGENAS COMO DEFINICIÓN DEL SUJETO DE APLICACIÓN DE ESTOS DERECHOS.....	21
LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN ..	23
CAPITULO II.....	26
LA LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN SUS TERRITORIOS.....	26
LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	27
EL TERRITORIO COMO ESPACIO FÍSICO INDISPENSABLE PARA EL EJERCICIO DE LA LIBRE DETERMINACIÓN INDÍGENA.....	31
CAPÍTULO III.....	35
EL RECONOCIMIENTO JURIDICO DEL TERRITORIO INDÍGENA	35
TIERRAS Y TERRITORIOS INDÍGENAS.....	36
EL ALCANCE JURÍDICO DEL TERRITORIO INDÍGENA EN EL MARCO DEL CONVENIO OIT 169 Y LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.....	40
EL PROBLEMA DE LA TERRITORIALIDAD INDÍGENA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- ANÁLISIS DE LAS DOCTRINAS DEL DESPOSEIMIENTO.....	44
CAPITULO IV.....	48
LA SOBERANIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES, EN ESPECIAL LOS NO RENOVABLES.....	48
LA SOBERANÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES.....	49
LA SOBERANÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE LOS RECURSOS NATURALES NO RENOVABLES EN SUS TERRITORIOS, BREVE ANÁLISIS DE SU SITUACIÓN EN EL ECUADOR.....	56
CONCLUSIONES.....	62
BIBLIOGRAFÍA.....	65

INTRODUCCION

Las relaciones de poder actual se han construido de acuerdo a los grupos dominantes. Aquellos que no participaban de los valores o costumbres del poder prevaeciente fueron excluidos como irracionales y salvajes de forma peyorativa. El proceso de desposeimiento y exclusión histórica de ciertos pueblos refleja esta subordinación a una categoría de poder, la cultura occidental y su eurocentrismo, que prevalece sobre las dinámicas de sus subalternos, transformándolos y encubriéndolos. En este contexto surgen movimientos de reivindicación social que utilizan ciertos mecanismos ideológicos de dichos sistemas para reafirmar y reivindicar sus realidades encubiertas. Para Alain Touraine la imposición del modelo occidental y la modernidad fue tan avasalladora que cubrió gran parte del planeta, pero a la vez generó nuevas tensiones, interrogantes y conflictos. Es así como nuestra cultura se subvierte y adquiere nuevos paradigmas, antes lo eran los sistemas o sociedades, hoy lo es el individuo, la cultura y sus libertades¹, esto frena al sistema occidental instituido y le debería obligar a autocuestionarse y entender una “sociedad que ha llegado a ser *no social*, en la cual las categorías culturales reemplazan a las categorías sociales, en la que las relaciones de cada cual consigo mismo son tan importantes como antaño lo fuera la conquista del mundo”².

¹ Cfr. A. TOURAINE, *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Buenos Aires, 2006, p. 26.

² *Ibíd.*, p.15

En efecto, la globalización, la vigencia de los Derechos Humanos como garantías fundamentales y otras mutaciones de poder, reconocen la existencia jurídica de ciertos grupos y hasta les aseguran ciertas medidas de acción afirmativa³ que en algunos casos no llegan a concretarse en la praxis de forma efectiva. Sin embargo, parece que en los últimos años ciertos pueblos, entre ellos los llamados *indígenas*, en vez de utilizar una estrategia radical en contra del sistema establecido, reclaman a través de los Derechos Humanos su inclusión social y política dentro de la estructura que hemos denominado Estado. Esto supone un nuevo e intrigante reto para el Derecho de los Derechos Humanos, el establecer en qué medida un sistema originado en ciertos preceptos occidentales, se subvierte y adquiere nuevas formas y alcances en virtud de los derechos de los grupos y personas que ampara; puede ser que encontrando un espacio intermedio para una crítica y construcción mutua se puedan originar nuevos paradigmas y, eventualmente, una civilización más humana, el *diálogo dialógico*⁴ parece el método irrefutable para hacerlo⁵.

En nuestro país, la realidad socio política de los años noventa convierte al conglomerado indígena ecuatoriano en el mayor movimiento social de su época. Esta situación se explica a partir del contexto de que sus peticiones no se reducen a demandas específicas de un grupo étnico aislado, sino a las de un gran conglomerado de pueblos que comulgan con otros movimientos, como el ambientalista en particular. En aquella década asistimos a una convergencia entre ecologismo y etnicismo con un denominador común: las luchas que emprenden estos grupos contra las actividades extractivas –la petrolera en particular– en las provincias amazónicas del país⁶. Esta mezcla de tendencias constituye un fenómeno

³ Como concepto jurídico, la "acción afirmativa" tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. Sin embargo, para discutirlo con seriedad es preciso, como condición previa, contar con una definición básica: "La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva.". Véase M. BOSSUYT, *El concepto y la práctica de la acción afirmativa, informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 12 de junio de 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21

⁴ Es el diálogo que contempla o que propicia la posibilidad de discusión, Ver REAL ACADEMIA DE LA LENGUA, "dialógico", en *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, disponible en línea en www.rae.es, consultado en 2008-12-10

⁵ Cfr. R. PANNIKAR. "Is the notion of human rights a western concept?", en PHILIP ALSTON (Editor), *The International Library of Essays in Law & Legal Theory: Human Rights Law*, New York University Press, New York, 1996, p.101

⁶ Cfr. G. FONTAINE, *El precio del petróleo*, FLACSO, IFEA y Ediciones Abya Yala, Quito, 2007, p. 333-335.

real del cual la mayoría de ecuatorianos somos testigos como individuos, instituciones, ONG's o movimientos sociales. La base jurídica en la que se sustentan las acciones de estos grupos es desconocida o, en el mejor de los casos, parcialmente conocida.

En el marco de la cobertura formal del Convenio OIT 169 y las garantías constitucionales para los pueblos indígenas el Ecuador firma, en septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Este instrumento, como lo analizaremos más tarde, provee una garantía mucho más amplia respecto al uso, soberanía y control de los territorios y recursos. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana del 2008 no genera grandes innovaciones en materia de derechos indígenas ni incorpora la mayoría de los avances de la Declaración.

Los pueblos indígenas se enfrentan cotidianamente a los intereses tanto del Estado ecuatoriano cuanto de transnacionales petroleras, ambos enfocados en explotar los recursos naturales no renovables que constituyen la primera fuente de ingresos económicos del país. Por ejemplo, en el 2004 el petróleo correspondió al 40% de exportaciones y 30% de los ingresos gubernamentales ecuatorianos⁷. Dada la tendencia del mercado energético internacional al alza de los precios del petróleo, la explotación de este recurso se vuelve cada vez más atractiva por las ganancias extraordinarias de las cuales el Estado puede beneficiarse. Son estos jugosos réditos los que llevan a los Estados a declarar la soberanía estatal sobre los recursos naturales no renovables como en el caso del artículo 1 de nuestra Constitución. La estrategia extractivista ecuatoriana ha generado la iniciativa estatal de explotar más bloques petroleros en la Amazonía ecuatoriana y buscar nuevas opciones extractivas, como la minería a gran escala, para cumplir con las perspectivas económicas y energéticas del Estado.

En contraposición con esta política extractivista del Estado ecuatoriano, el objetivo de nuestro estudio consiste en demostrar cómo priman el derecho de los pueblos indígenas a libre determinarse en sus territorios y la soberanía sobre sus recursos por encima del mandato organizativo-económico de la propiedad del

⁷ OLADE, "Informe energético 2004", citado por M. LE CALVEZ, "El rediseño de los sistemas de gobernanza petrolera en el Ecuador y Venezuela", en G. FONTAINE Y A. PUYANA (coordinadores), *La Guerra del Fuego*, FLACSO Ecuador y Ministerio de Cultura, Quito, 2008, p. 59

Estado sobre los recursos no renovables. Para ello, nos alejaremos de consideraciones y argumentos bucólicos respecto al sufrimiento de los pueblos y partiremos de que, desde la perspectiva jurídica, la obligación de garantizar los derechos de los pueblos indígenas no puede ser sometida a intereses económicos y geopolíticos del Estado. Como corroboraremos a lo largo de esta tesina, bajo la lógica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de reconocer los derechos territoriales y la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, lo cual implica un cambio radical en la posición estatal actual.

No podremos cumplir tal misión sin antes contar con una problemática sólida capaz de abarcar todas las dimensiones en las cuales se presenta nuestro objeto de estudio –la libre determinación de los pueblos indígenas en sus territorios–, por lo cual resulta preciso preguntarse ¿en qué sentido se articulan las distintas categorías de normas vigentes en el Derecho Internacional y Comparado respecto a la libre determinación y los derechos territoriales de los pueblos indígenas de forma general y, en particular, la aplicación de estas respecto a la explotación de los recursos no renovables y del subsuelo?. Analizaremos todas estas normas, fallos, opiniones consultivas y doctrina, para demostrar que la libre determinación de los pueblos indígenas en sus territorios y la soberanía sobre sus recursos no renovables priman sobre cualquier otra norma o política extractiva, constituyendo verdaderos limitantes sobre la capacidad de explotación del Estado ecuatoriano en los territorios de estos pueblos.

Dado el marco de nuestro estudio, es imprescindible no sólo anunciar los criterios de análisis enunciados sino también justificar su pertinencia. Entonces, para definir el alcance de la libre determinación, en materia de Derecho de los Pueblos Indígenas, y los limitantes que impone sobre la actividad extractiva del Estado ecuatoriano en territorios indígenas, es necesario analizar el territorio indígena como derecho nacido del principio de autodeterminación de los pueblos, como derecho colectivo de los pueblos indígenas que implica soberanía sobre sus recursos y como obligación adquirida del Estado que debe primar frente a cualquier norma o actividad extractiva. Para esto, hemos dividido la presente tesina en cuatro capítulos diferentes.

En el primer capítulo analizaremos la naturaleza jurídica del sujeto de nuestro estudio –los pueblos indígenas- para enmarcarlo en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En nuestro segundo capítulo vincularemos a los pueblos indígenas con su derecho a la libre determinación y demostraremos cómo, en base a este principio, existe un derecho al territorio como entorno indispensable para la supervivencia de estos pueblos.

El tercer capítulo estará dedicado a demostrar que de los derechos de los pueblos indígenas sobre su entorno no se limitan a la simple propiedad de sus tierras, sino que implican una categoría más amplia –los derechos territoriales- que son garantizados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos dada la forma en la que se impuso el sistema de propiedad actual y la soberanía del aparato estatal a través de las doctrinas del desposeimiento.

Finalmente, en un cuarto capítulo analizaremos como estos derechos especialísimos de los pueblos implican la soberanía sobre sus recursos naturales, en especial los no renovables, como elemento necesario para el control y uso efectivo de sus territorios de acuerdo a su cosmovisión tradicional, todo esto en base al Derecho Internacional y Comparado en materia de derechos de los pueblos indígenas. Es así como empieza la ardua tarea de la presente tesina.

CAPITULO I

LOS PUEBLOS INDIGENAS Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los pueblos indígenas gozan de derechos especialísimos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Los derechos de los pueblos indígenas contenidos en los tratados y demás instrumentos internacionales son compromisos y obligaciones adquiridas por parte de los Estados y prevalecen sobre cualquier otra disposición interna. Es indispensable considerar el ámbito de aplicabilidad de estos derechos, el alcance del concepto de indígena y los mecanismos de protección de estos derechos, como antecedentes que contextualicen el análisis de la presente tesina.

La situación de los pueblos indígenas en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el marco internacional que garantiza las libertades inherentes a todos los seres humanos tanto individual como colectivamente. A pesar de que nace, en principio, bajo una concepción occidental enfocada al respeto de las libertades individuales, resulta innegable que en los últimos 50 años ha tenido una evolución constante que ha generado “espacios propicios para el reconocimiento de las minorías como interlocutoras de los Estados y titulares de unos derechos específicos, adicionales a los que competen a cada uno de sus miembros considerados individualmente”⁸, los pueblos indígenas están garantizados tanto individual como colectivamente en calidad de personas y pueblos respectivamente.

Para entender el alcance de estos derechos, es indispensable remitirnos a los documentos de Naciones Unidas que, a pesar de no tratar específicamente los derechos de los pueblos *indígenas*, sí establecen las garantías generales aplicables a todos los pueblos y constituyen la base de nuestro sistema universal de Derechos Humanos, éstos son la Carta de la Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En la Carta de la Naciones Unidas se establece “el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos”⁹, es aquí donde ya se habla de la existencia de los *pueblos* y el derecho a su *libre determinación*; por otra parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su preámbulo que constituye el “ideal común por el que todos los *pueblos* y naciones deben esforzarse”, pero no desarrolla en su cuerpo ninguna disposición relativa a los referidos *pueblos*, sin embargo constituye el documento básico que incorpora los principios que son aceptados generalmente como derecho consuetudinario internacional¹⁰.

⁸ R. ROLDÁN, *Manual para la formación en derechos indígenas*, Abya Yala, Quito, 2005, p. 283

⁹ Artículo 2 Carta de las Naciones Unidas

¹⁰Cfr. R. STAVENHAGEN, “El Sistema Internacional de los Derechos Indígenas”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999, p. 351

Posteriormente, la Organización de Naciones Unidas adopta en 1966 dos documentos de relevancia especial en materia de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; estos pactos desarrollan en un sentido más amplio el derecho de libre determinación de los *pueblos* contenido en la Carta de las Naciones Unidas. Aunque en estos tratados no se hable específicamente de los *pueblos indígenas*, para Stavenhagen

los pueblos indígenas, como todos los demás pueblos, tienen por supuesto todos los derechos consagrados en los pactos internacionales... hay quienes afirman que si los pueblos indígenas no gozan plenamente de todos sus derechos humanos no es porque requieran derechos especiales, sino porque existen lagunas y deficiencias en la administración de justicia y en la aplicación de los instrumentos jurídicos que consagran sus derechos humanos¹¹

El alcance y aplicabilidad de este derecho a la libre determinación contenido en estos tratados abordaremos con amplitud más adelante en el siguiente capítulo.

Otro instrumento importante es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial que durante muchos años fue una de las bases jurídicas más importantes en las reclamaciones indígenas en el campo internacional, este instrumento establece que “los Estados se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”¹², lo cual se vuelve relevante para el posterior desarrollo de los derechos indígenas. Existen además varios instrumentos internacionales como la Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención Internacional Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo y el Convenio sobre Diversidad Biológica que, entre otros instrumentos varios, han sido indistintamente utilizados en las reclamaciones indígenas.

¹¹ *Ibíd.*, p. 354

¹² Art. 5, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos dispone también de documentos específicos que establecen obligaciones y compromisos de los Estados hacia los pueblos indígenas y que constituyen los recursos jurídicos principales que poseen estos grupos para sus luchas de reivindicación y reclamo de sus derechos. A continuación nos referiremos a los tres principales: El Convenio OIT 107, el Convenio OIT 169 y la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En el año de 1957 la Organización Internacional del Trabajo adopta el Convenio 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, el cual es aplicable a “las poblaciones cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional”¹³ e insta a los Estados a desarrollar programas para la integración de los pueblos indígenas y tribales al conglomerado nacional¹⁴. Debido a esta visión integracionista el convenio fue rechazado por organizaciones indígenas y estudiosos que demandaban el reconocimiento de su diversidad cultural y el derecho a mantener sus formas de vida y gobierno de manera independiente al resto de la sociedad occidentalizada, es así como se lo revisó con la adopción del texto de un nuevo convenio, el OIT 169, pero sigue vigente para los países que no hayan firmado el último¹⁵. Sin embargo, el convenio OIT 107 establece una serie de aportes importantes para nuestro estudio futuro, como el reconocimiento del derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas e incorpora ya

¹³ Artículo 1 del Convenio OIT 107

¹⁴ El Artículo 2 del Convenio OIT 107

1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países.

2. Esos programas deberán comprender medidas:

- a) que permitan a dichas poblaciones beneficiarse, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás elementos de la población;
- b) que promuevan el desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida;
- c) que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones.

3. El objetivo principal de esos programas deberá ser el fomento de la dignidad, de la utilidad social y de la iniciativa individuales.

4. Deberá excluirse el recurso a la fuerza o a la coerción como medio de promover la integración de dichas poblaciones en la colectividad nacional.

¹⁵ Cfr. R. ROLDÁN, *Manual para la formación en derechos indígenas*, Abya Yala, Quito, 2005, p. 293

someramente el término “territorios” del cual nos ocuparemos en el tercer capítulo de la presente tesina.

El Convenio OIT 169 sobre pueblos tribales e indígenas en países independientes constituye un hito importante en el proceso de garantía de los derechos de los pueblos indígenas, “tanto por el carácter vinculante de sus disposiciones para los Estados que lo han ratificado, como por ser una síntesis de la orientación política aceptada por la comunidad internacional para el manejo de cuestiones indígenas”¹⁶. El Convenio OIT 169 es un documento mucho más amplio que su predecesor, incorporando derechos de participación, educación, salud, derecho a la tierra, derechos a sus recursos naturales, entre otros. Un aporte especial del Convenio OIT 169 en materia de derechos de los pueblos indígenas es que otorga a los indígenas la calidad de “pueblos”, a diferencia del OIT 107 que les otorgaba una calidad de “poblaciones”, en este sentido Arturo Bronstein sostiene que

Para los grupos indígenas el término *poblaciones* posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante. En contraste, el término pueblo tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales¹⁷.

La condición de “pueblos” abre una connotación jurídica importante en cuanto al derecho a su libre determinación y al uso de los recursos naturales en sus territorios, tema que agotaremos más adelante en el presente trabajo.

La gran innovación en derechos de los pueblos indígenas es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General del 7 de septiembre de 2007, que incorpora avances importantes en materia de libre determinación, territorios indígenas, identidad indígena, recursos naturales, autonomía y autogobierno. Este instrumento constituye un hito de gran significación en la construcción de un consenso internacional sobre derechos

¹⁶ *Ibíd.*, p. 292

¹⁷ A. BRONSTEIN, “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999, p. 14

humanos, en este caso, sobre los derechos de pueblos históricamente negados y discriminados, además de un consenso internacional cada vez más extendido en torno al contenido de los derechos indígenas¹⁸. Los progresos que aporta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas serán parte de nuestro análisis jurídico en cuanto a la libre determinación, derechos territoriales y soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales.

En el ámbito regional, la Organización de Estados Americanos se encuentra trabajando desde hace varios años ya el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas pues a nivel de OEA no se disponen de instrumentos específicos en materia de Derechos Indígenas, este proyecto de Declaración incorpora la mayoría de preceptos del convenio OIT 169 y de la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero no incluye el derecho a libre determinarse¹⁹. En el contexto de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) existe la declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza firmada en el seno de la CAN en el 2001 en la cual los Estados miembros se comprometen a garantizar la aplicación de los instrumentos existentes en los ámbitos regional y universal para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos de las poblaciones indígenas²⁰, este instrumento a pesar de no ser extenso ni descriptivo constituye un esfuerzo de los países miembros por garantizar estos derechos, los cuales se verían reflejados en la firma de la Carta Andina de Derechos Humanos del año 2002 que, además de la obligatoriedad de cumplir con los instrumentos internacionales, establece el compromiso de sus países de adoptar tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas como la Declaración Americana.

Del análisis de todos estos documentos, podemos concluir que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está compuesto tanto por tratados como

¹⁸ Cfr. J. ZALAQUETT, "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", *Anuario de Derechos Humanos 2008*, disponible en línea en www.anuariocdh.uchile.cl, consultado en 2009-02-05

¹⁹ El documento para el análisis del proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un documento que puede cambiar según el avance de las discusiones en el seno de la Comisión, el documento que se analiza en la presente tesina está disponible en línea en <http://www.cidh.org/indigenas/Cap.2g.htm> y fue consultado en 2009-02-02

²⁰ Artículo 8 de la Declaración de Machu Picchu sobre la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza

por otros instrumentos de carácter -en principio- “no vinculante” (como las declaraciones, reglas y principios en materia de Derechos Humanos). Los tratados - como por ejemplo el Convenio OIT 169, la Carta de las Naciones Unidas, los pactos de Naciones Unidas, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.- expresan la voluntad y compromiso específico de los Estados e implican la observancia incondicional y constante por el principio del *pacta sunt servanda*, establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual todo tratado en vigor “obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”²¹; por otra parte, las declaraciones y otros instrumentos internacionales nos sirven para para determinar el alcance y sentido de los derechos y disposiciones contenidas en los tratados en materia de derechos de los pueblos indígenas.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe concebirse como un cuerpo jurídico integral que debe ser analizado en conjunto, en este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional contemporáneo²²

Es así como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se alimenta de las fuentes tradicionales del Derecho Internacional, las cuales se hallan recogidas en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia que establece

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de

²¹ Artículo 26 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120

las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho...²³

Se considera que aparte de esas fuentes tradicionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hay que considerar tanto la obligación universal de los Estados de respetar y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con la Carta de Naciones Unidas cuanto el carácter de *ius cogens* que posee la misma Carta²⁴. Precisamente en cuanto a la obligatoriedad universal y la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones y compromisos adquiridos internacionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que

...entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado...²⁵

La Constitución ecuatoriana acoge como derecho interno los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, estableciendo como uno de los deberes primordiales del Estado el “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales”²⁶, además de otorgar jerarquía especial a los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos al disponer que “la Constitución y los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”²⁷

En base a esta disposición cabe preguntarnos ¿qué prima en el caso de que una norma constitucional contravenga un derecho contenido en un instrumento internacional que reconoce un derecho más favorable a los contenidos en la Carta Fundamental?, en este sentido la misma Constitución nos dice que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos,

²³ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

²⁴ Cf. L. ORTIZ, Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en C.P MARTIN, et al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Fontamara y Universidad Iberoamericana A.C., México D.F., 2004, p. 23-24

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 72.

²⁶ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 3, num.1

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 424, parr.2

administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la aplicación que más favorezcan a su efectiva vigencia. Esta interpretación constitucional parte de que para las normas constitucionales

no existe, *strictu senso*, métodos ni reglas generalmente aceptadas de interpretación para la Constitución, más bien se ha concluido que, vistas las especiales características de las normas constitucionales que, en general, son esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas, su interpretación se adapta más a principios que a reglas²⁸,

Uno de estos principios es el de eficacia o efectividad, en el marco del cual “la interpretación debe ser tal que maximice la eficacia y plena vigencia de las normas constitucionales, sobre todo aquellas referidas a los derechos y garantías fundamentales de las personas”²⁹. En este sentido tanto los tratados en materia de derechos indígenas (por el principio de *pacta sunt servanda*) así como también la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales aplicables al caso, al ser parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constituyen también una norma de Derecho interno ecuatoriano directamente justiciable ante cualquier juez o autoridad competente.

El concepto de pueblos indígenas como definición del sujeto de aplicación de estos derechos.

No existe determinación expresa sobre el alcance del concepto de pueblos “indígenas” en la normativa internacional y nacional vigente, tal calificativo ha sido motivo de un amplio debate tanto a nivel intelectual y académico como por parte de movimientos e instituciones en materia de Derechos Humanos. A pesar de que la posición predominante de las organizaciones y representantes indígenas en varias ocasiones ha sido que “la definición del concepto de pueblos indígenas no es necesario ni deseable”³⁰ es imperativo establecer el alcance de la misma para efectos de su interpretación jurídica.

²⁸F. PACHANO, *Apuntes sobre la interpretación constitucional*, Revista Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año.III N°6, 2002, p.76

²⁹ *Ibíd.* p.77

³⁰ Traducción libre de: “Indigenous representatives in several occasions have expressed the view, before the Working Group that a definition of the concept of “indigenous people” is not necessary or desirable. They have stressed the importance of self-identification as an essential component of any definition which might

El Convenio OIT 169, en su primer artículo, determina que dicho instrumento es aplicable a los pueblos descendientes de los pueblos anteriores a la conquista y establece como criterio fundamental “la conciencia de su identidad indígena”³¹. En la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no se establecen supuestos para determinar la condición de “indígena”, pero se ratifica el principio de libre determinación inherente a cualquier pueblo, a lo largo de todo el preámbulo y el documento. En el proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas hay un avance en cuanto se considera que la autoidentificación como indígena debe considerarse como criterio fundamental para determinar los pueblos a los que se aplican las disposiciones de dicha declaración. La Constitución ecuatoriana vigente determina la existencia de estos pueblos, pero no define las condiciones para pertenecer a esta categoría, sin embargo establece que las personas, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Aparentemente resulta claro el alcance de la definición de *indígena* en el marco del Convenio OIT 169, la Declaración de la ONU y el Proyecto de la OEA, sin embargo es importante tomar en cuenta, según Erica-Irene Daes, ciertos factores relevantes para entender el concepto de indígena sin constituir definiciones ni incluyentes ni exclusivas, estos son:

- a) Prioridad del tiempo respecto a la ocupación y uso de un territorio específico;
- b) La perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del lenguaje, organización social, religión y valores espirituales, modos de producción, leyes e instituciones;

be elaborated by the United Nations system”. La traducción de la primera parte del texto no es oficial y fue realizada por el autor. E. DAES, *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs Erica-Irene Daes on the concept of "indigenous people"*, United Nations Economic and Social Council, junio 1996, E/CN.4/Sub.2/AC-4/1996/2

³¹ El Artículo 1 del Convenio OIT 169 establece que:

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio...

- c) Autoidentificación, así como el reconocimiento de otros grupos, o por parte de las autoridades del Estado, como una colectividad distintiva; y,
- d) Una experiencia de subyugación, marginalización, desposeimiento³², exclusión o discriminación, más allá de que esta condición persista o no³³.

Esta lista, no taxativa ni categórica, permite acercarnos en primera instancia al alcance del término indígena desde una perspectiva amplia en materia de Derechos Humanos, sin embargo -como la misma autora lo defiende en la conclusión de su estudio³⁴- la única diferencia entre los pueblos denominados “indígenas” y el resto de “pueblos”, es el hecho de que los grupos típicamente identificados como “indígenas” no han sido habilitados para ejercer el derecho a la autodeterminación por medio de su participación en la construcción del Estado-nación contemporáneo³⁵, es así como, antes de entrar en cualquier discusión en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas, Aborígenes y Tribales, se vuelve imperativo establecer la articulación entre los principales instrumentos internacionales y nacionales vigentes que garantizan el derecho a la libre determinación de los pueblos, para dilucidar entonces la implicación del mismo respecto a aquellos, tema que analizaremos en el capítulo siguiente.

Los derechos de los pueblos indígenas y los mecanismos internacionales de protección

³² En el tercer capítulo se tratarán las doctrinas del desposeimiento como argumentos de colonización e imposición de un sistema sobre los pueblos indígenas.

³³ Traducción libre de: In summary, the factors which modern international organizations and legal experts (including indigenous legal experts and members of the academic family), have considered relevant to the understanding of the concept of "indigenous" include:

- (a) Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory;
- (b) The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions;
- (c) Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and
- (d) An experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist.

E. DAES, *Working... "Indigenous People"*, op. cit., párr. 69.

³⁴ Cfr. *Ibid.*, párr. 73

³⁵ In presenting this analysis, the Chairperson-Rapporteur wishes to stress that she can find no satisfactory reasoning for distinguishing between "indigenous" and "tribal" peoples in the practice or precedents of the United Nations. Nor is she persuaded that there is any distinction between "indigenous" peoples, and "peoples" generally, other than the fact that the groups typically identified as "indigenous" have been unable to exercise the right of self-determination by participating in the construction of a contemporary nation-State. *Cfr. Ibid.*, párr. 72

En cuanto a los sistemas internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas son de especial importancia y efectividad el sistema de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, cuya fuerza, contexto y eficacia analizaremos a continuación. Existen también el sistema europeo y africano, a los cuales nos remitiremos ocasionalmente a lo largo de nuestro estudio.

El sistema de la Organización de Naciones Unidas posee la Corte Internacional de Justicia, instrumento poderoso que –para efecto de nuestro caso– no contempla la posibilidad de atender las demandas de los pueblos indígenas³⁶. Sin embargo existen otros órganos creados por resoluciones o decisiones, como el Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas, la Subcomisión para la promoción y protección de los Derechos Humanos, El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y el Foro Permanente para los pueblos indígenas. Todos estos órganos gozan de representatividad de organizaciones indígenas y en los mismos se discuten los temas, políticas y medidas concernientes a los derechos de los pueblos indígenas. Las reclamaciones o quejas ante estos organismos llevan implícita la posibilidad de denunciar públicamente dentro de la ONU asuntos relativos a vulneración de derechos de los pueblos indígenas³⁷. Cabe anotar que los esfuerzos de estos entes, particularmente del Grupo de Trabajo y el Foro, dieron como resultado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Existe dentro de las Naciones Unidas también el sistema de la Organización Internacional del Trabajo que por medio de las resoluciones de la Conferencia Internacional del Trabajo puede establecer recomendaciones que no pueden ser impuestas forzosamente, sino por medios diplomáticos o políticos. Además cuenta con un sistema de reclamaciones al cual no pueden acceder los pueblos indígenas a menos que pertenezcan a un gremio o sindicato de trabajadores, condición para acceder al sistema, naturalmente dada la condición *sui generis* del Convenio OIT 169 y la esencia de la organización³⁸.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye uno de los

³⁶ “Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte”. Art. 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³⁷ R. ROLDÁN, *Manual para la formación...*, op.cit, 2005, p. 308

³⁸ Se refiere a que es una organización eminentemente laboral y emitió el Convenio OIT 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas.

mecanismos más fuertes y consolidados a nivel mundial respecto a la protección de los Derechos Humanos, su competencia contenciosa le da un vigor especial y un alcance mucho más efectivo que los dos sistemas anteriores. Está conformado por dos instancias: la primera es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de promover y vigilar el cumplimiento de las libertades fundamentales respecto de los miembros de la Organización de Estados Americanos³⁹; la segunda instancia corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo con competencia contenciosa –en el caso que esa facultad de la Corte haya sido ratificada por el Estado- y consultiva –en general- acerca del cumplimiento y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰. Conviene precisar que sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte, sin embargo, cualquier ciudadano puede presentar a la Comisión un caso de violación a las garantías fundamentales para que sea llevado a la Corte, en el cual la Comisión actuará en calidad de Parte. La fuerza contenciosa efectiva que cada vez más va adquiriendo la Corte nos enmarca en un nuevo contexto internacional para la protección de los Derechos Humanos en los países americanos.

³⁹ *Cfr.* Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 41

⁴⁰ *Cfr. Ibid.*, Art. 60-64

CAPÍTULO II

LA LIBRE DETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS EN SUS TERRITORIOS

Los pueblos indígenas, como pueblos, tienen el derecho a libre determinarse en sus territorios, esto implica autonomía respecto al uso, manejo y control de sus territorios y recursos. Esta libre determinación implica el desarrollo de nuevas formas de gobernanza, el replanteo del concepto tradicional de Estado-nación y la garantía del territorio como espacio indispensable que garantiza la relación de los pueblos indígenas con su entorno.

La Libre Determinación de los Pueblos Indígenas

El primer artículo común a los pactos de las Naciones Unidas⁴¹ dispone que “todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación... establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. En base a esta norma queda abierto el debate acerca de que si el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se da por su calidad de “pueblos” en el marco de aplicación de los pactos⁴². En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado la aplicabilidad del artículo común 1 al caso de los pueblos indígenas en virtud de su derecho a la autodeterminación en el caso *Saramaka v. Surinam* al considerar que la interpretación del Art. 21 de la Convención respecto al goce u uso de la propiedad comunal del Pueblo de Saramaka se debe fundamentar en la aplicación del artículo común 1 de los pactos pues, a pesar de que Surinam no había ratificado el convenio OIT 169, sí ratificó los pactos de Naciones Unidas y se ha comprometido a garantizar la libre determinación de los pueblos, es por ello que el artículo 21 de la Convención no debería interpretarse en el sentido de restringir este derecho ya ratificado por el Estado⁴³. Esta consideración de la Corte nos lleva a concluir que el principio de libre determinación establecido en los pactos es aplicable, al igual que al resto de pueblos, al caso de los pueblos indígenas en particular.

Esta libre determinación establecida tanto en los pactos como también en la carta constitutiva de las Naciones Unidas se contrapone aparentemente con las premisas tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴⁴, del Convenio OIT

⁴¹ Se refiere al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴² En este sentido los pueblos indígenas podrían reclamar su independencia en el marco de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los pueblos colonizados.

⁴³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 93

⁴⁴ La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 1514 de 14 de diciembre resolvió que todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país, total o parcialmente, es incompatible con los principios y propósitos de las Naciones Unidas. Véase en A. PONCE “Los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en C. MARTIN, et al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Fontamara y Universidad Iberoamericana A.C., México D.F., 2004, p. 530

169⁴⁵ y de la misma Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que disponen la condición de que no se deben interpretar estos derechos – los de los pueblos indígenas- en el sentido de establecer alguna “acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la soberanía política de los Estados soberanos e independientes”⁴⁶.

Para Alejandro Ponce Villacís, en su estudio acerca de los derechos de los pueblos indígenas, esta situación responde a la necesidad de los Estados de mantener su *status quo* sin que de manera alguna pueda aún discutirse si la actual organización política es, en sí, manifestación real del ejercicio a la libre determinación⁴⁷; sin embargo, no existe al momento –por lo menos en el caso ecuatoriano- ningún movimiento independentista respaldado por un discurso del derecho de los pueblos indígenas a independizarse como pueblos oprimidos y colonizados, en cambio sí hay una iniciativa por parte de estos movimientos de exigir que, aparte de la moldura constitucional, se establezcan mecanismos idóneos para compatibilizar sus derechos y cosmovisión en el marco de un Estado Social de Derecho y que se les garantice un nivel de participación política en el sistema.

En el caso relativo al Sahara Occidental, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que existen varias formas de libre determinación: integración, libre asociación e independencia⁴⁸, no obstante en el mismo caso la corte ha sostenido que el proceso de descolonización previsto por la Asamblea General respetará el derecho de la población del Sahara Occidental a determinar su estatuto político mediante su voluntad libremente expresada. Ese derecho de libre determinación no resulta afectado por la opinión consultiva y constituye un supuesto básico de las cuestiones sometidas a la Corte⁴⁹. Por este motivo no nos centraremos en detallar el

⁴⁵ El convenio OIT 169 en su artículo 1 señala que “La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el Derecho Internacional”

⁴⁶ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que:

Artículo 46

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

⁴⁷ A. PONCE, “Los Derechos...”, op.cit, p. 531

⁴⁸ Id., p. 531

⁴⁹ Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo al Sahara Occidental*, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975. párr. 70

problema de la libre determinación como elemento para la discusión de la posibilidad de independencia de estos pueblos, tanto como en la demanda de autonomía indígena respecto al control, uso y manejo de sus territorios y recursos.

Al respecto, el convenio OIT 169 no garantiza explícitamente el derecho de autodeterminación de estos pueblos, pero en su preámbulo reconoce “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” lo cual determina una incorporación del principio de autodeterminación –al menos en el marco de la unidad estatal- que se verá desarrollado implícitamente a lo largo del Convenio.

La Declaración y Programa de Acción de Viena determina, en su artículo 2, que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”⁵⁰. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es más explícita en este sentido y reconoce en su artículo 3 el derecho a la libre determinación y establece que “en virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”; siguiendo la lógica de este principio, los artículos 4 y 5 reconocen el derecho a “la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales” y a “conservar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales”, respectivamente⁵¹. El reconocimiento de la libre determinación de los pueblos

⁵⁰ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

⁵¹ En este sentido la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas nos establece que:

Art. 3.- Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación, En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico social y cultural.

Art. 4.- Los pueblos indígenas en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5.- Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política económica, social y cultural del Estado.

indígenas de la Declaración lo reafirma como un derecho inherente a los pueblos indígenas.

La Constitución Política de nuestro país establece en su primer artículo que el Ecuador es un Estado *plurinacional* y reconoce a los indígenas como pueblos en varios artículos de su cuerpo normativo, además de la existencia de unas unidades territoriales denominadas *circunscripciones territoriales indígenas* de las cuales hablaremos en el siguiente capítulo.

En el marco del derecho establecido de los pueblos indígenas a autodeterminarse en sus territorios sin romper la integridad estatal, resulta importante analizar el cada vez más discutido tema de las denominadas *autonomías indígenas*. Estas autonomías son reclamadas indistintamente por los grupos indígenas en varios países, tal es el caso de la reivindicación autonómica de los indígenas de Oaxaca Chiapas en México quienes reclaman reformas constitucionales precisas para salvaguardar sus derechos al territorio (con la implantación de una estructura autonómica definitiva)⁵² y el de la “legislación de Nicaragua que ha previsto desde hace tiempo la concesión de autonomía a las regiones indias del país”⁵³.

La lucha indígena en América Latina, con su relevancia política, ha puesto sobre la mesa de discusión los derechos políticos y de libre determinación de estos pueblos dentro de sus circunscripciones territoriales. El conformar Estados multinacionales y pluriculturales constituye un cambio radical al esquema organizativo del Estado a nivel latinoamericano, lo cual, a juicio de Gilberto López y Rivas, implica un replanteo del concepto tradicional de ciudadanía, que involucraría romper con los paradigmas políticos actuales que tienen su origen en Inglaterra y Francia, en el cual los ciudadanos y ciudadanas ya no son ni pueden ser considerados como una especie de propiedad pública de los Estados nacionales en un mundo cada vez más globalizado⁵⁴.

⁵² El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran. El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente. Véase la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, disponible en línea en http://www.e-local.gob.mx/wb2/ELOCAL/ELOC_const_oax y fue consultada en 2008-07-02

⁵³ E. DAES, *La Soberanía Permanente de los Pueblos Indígenas Sobre sus Recursos Naturales*. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, julio 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30, párr. 25

⁵⁴ G. LÓPEZ Y RIVAS, *Las Autonomías en América Latina.- Nuevas Formas de Convivencia Política*, Plaza y Valdés Editores, México, 2005, p. 27.

En efecto, es la misma globalización la que ha forzado a los países a firmar o ratificar documentos internacionales tales como el Convenio OIT 169, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y a acceder a la jurisdicción de ciertos organismos internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia. En esta lógica Saskia Sassen concluye que para el concepto tradicional de Estado-nación prima el territorio nacional mientras que para la noción de Estado de Derecho priman los derechos; es así como el Estado contemporáneo se convierte en el marco institucional para nuevas lógicas provenientes del orden internacional, en donde surgen actores políticos no convencionales que adquieren poder y legitimidad⁵⁵. Este es el caso de los movimientos de reivindicación indígena en nuestro país que han adquirido especial relevancia política a partir de los años 80. Erica-Irene Daes nos menciona al respecto:

Aunque haya dejado de entenderse que [el principio de autodeterminación] incluye el derecho a la secesión o independencia (salvo en pocos casos o en circunstancias excepcionales) sin embargo el derecho a la autodeterminación incluye varias alternativas entre las que figura el derecho a participar en el gobierno del Estado así como el derecho a diversas formas de autonomía y autogobierno. Esta idea moderna de la libre determinación ha de incluir lógicamente y legalmente, para ser significativa, el derecho esencial a la soberanía permanente sobre los recursos naturales⁵⁶.

Antes de analizar el alcance de la soberanía de los pueblos sobre sus recursos naturales –tema que abordaremos en el cuarto capítulo-, es imprescindible determinar como en base a este principio de autodeterminación de los pueblos indígenas se establece una categoría especial respecto al espacio físico donde se desarrollan estos colectivos humanos, el territorio.

El Territorio como Espacio Físico Indispensable para el ejercicio de la libre Determinación Indígena.

El artículo 7 del Convenio OIT 169 compromete a los gobiernos a “tomar medidas, en cooperación con los pueblos [indígenas] interesados, para proteger y

⁵⁵ Cfr. S. SASSEN, *Una sociología de la globalización*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2007, cap.5

⁵⁶ E. DAES, *La Soberanía ... Recursos Naturales*, citado en *Ibid.*, párr. 17

preservar el medio ambiente de los *territorios* que habitan”. Es innegable la estrecha interdependencia que existe entre Cultura, Religión, Recursos Naturales y Personas en la cotidianidad indígena, en esta lógica el entorno constituye el elemento indispensable para asegurar la supervivencia de estos pueblos.

Es extenso el número de estudios al respecto, sin embargo analizaremos el trabajo de Juan Álvaro Echeverri del Instituto Amazónico de Investigaciones de la Universidad Nacional de Colombia, quien nos menciona dos tendencias fundamentales al momento de determinar el alcance de territorio: la primera es como espacio político jurisdiccional y geográfico que delimita la soberanía de un poder político, mientras que la segunda concibe al territorio como espacio natural en el cual una especie se reproduce y obtiene sus recursos en correlación con los diferentes nichos ecológicos existentes en ese medio⁵⁷. En general en el discurso reivindicativo indígena se han utilizado indistintamente estas dos concepciones, pues el territorio indígena -aparte de constituir la posibilidad de autonomía política ya estudiada anteriormente- implica una inseparabilidad de sus recursos en virtud de la relación estrecha entre los distintos elementos del ambiente que rodea a estos pueblos; esto podemos reflejarlo en la propuesta territorial que Lourdes Tibán hace respecto a la aplicabilidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador en la cual plantea que:

el derecho a la tierra y el territorio que demandan los pueblos y nacionalidades indígenas implica el derecho al ejercicio, influencia y control sobre la tierra, comprendida como el espacio de cultivo y de asentamiento físico de las familias y como la extensión geográfica donde el indígena desarrolle su cultura y pueda ejercer su propia forma de gobierno tradicional⁵⁸

La importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste la relación especial con las tierras o territorios, o con ambos, -según sea el caso- que ocupan o utilizan lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de una u otra forma está recogida en el Art. 13 del Convenio OIT 169⁵⁹. En este sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre

⁵⁷ J. ECHEVERRI, *Territorio como Cuerpo y Territorio como Naturaleza: ¿Diálogo Intercultural?*, en Tierra Adentro.- Territorio Indígena y Percepción del Entorno, Alexandre Surrallés y Pedro García (editores), IGWIA, Copenhague-Dinamarca, 2004, pág. 261.

⁵⁸ L. TIBÁN, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador aplicabilidad, alcances y limitaciones*, Indesic, Quito, 2001, p. 67

⁵⁹ Artículo 13.-

los Derechos de los Pueblos Indígenas claramente establece que los pueblos indígenas tienen el derecho a “mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben con las generaciones venideras”⁶⁰. Esta correlación indígenas-cultura-entorno implica que el respeto al territorio indígena constituye una condición esencial para la existencia de los pueblos indígenas. La relación especial de los pueblos indígenas con sus recursos y entorno ha sido considerada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (SUMO) Awas Tigni Vs. Nicaragua al sostener que

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁶¹

Esta concepción de territorio, entendido como el conjunto de circunstancias naturales, sociales y culturales también se encuentra recogida en el Convenio sobre Diversidad Biológica que en su preámbulo reconoce la “estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes”, también el principio 22 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo dice que “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

⁶⁰ *Cfr.* Artículo 25 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (SUMO) Awas Tigni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149

ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

Las actividades extractivas en su conjunto impactan directamente en la vida de los pueblos indígenas, modificando el uso de su espacio natural. La Corte Interamericana ha considerado que al garantizar la propiedad comunitaria los Estados deberían tomar en cuenta que

la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas⁶²

Es precisamente el conjunto de estos elementos lo que constituye el hábitat de estos pueblos, de ahí la importancia que ocupa el territorio para los indígenas en la defensa de su cultura, autodeterminación e identidad propia. Para el pleno ejercicio del derecho a la libre determinación es necesaria la salvaguarda y protección especial del entorno indígena, entendiéndose como un todo inseparable que tiene que ser antepuesto a cualquier interés económico particular o estatal sobre los recursos en sus territorios.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 154

CAPÍTULO III

EL RECONOCIMIENTO JURIDICO DEL TERRITORIO INDÍGENA

El territorio indígena es el espacio donde los pueblos indígenas ejercen su libre determinación, contrariamente al concepto civilista de propiedad para los pueblos indígenas existe un nexo inseparable entre territorio, religión y cultura, es por ello que el Derechos Internacional de los Derechos Humanos establece una protección y situación jurídica especial a través de los derechos territoriales indígenas. En el presente capítulo analizaremos la situación jurídica del territorio indígena, su diferencia con las doctrinas clásicas de propiedad, su tratamiento en la jurisprudencia internacional y la invalidez de algunas de las doctrinas que justificaron la colonización occidental de los territorios indígenas.

Tierras y Territorios Indígenas

Al desarrollar el presente título es importante analizar la parte II del Convenio OIT 169 respecto a los derechos de los indígenas en relación al espacio físico y cultural en el cual desarrollan su identidad como pueblos. El artículo 13 del referido convenio menciona que los gobiernos “deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Aparentemente en este sentido el instrumento de la OIT separa el reconocimiento del entorno indígena claramente en dos categorías: la tierra y el territorio.

La tierra tradicionalmente ha sido relacionada con el derecho de propiedad en el marco del Derecho Civil con los limitantes que al respecto tenemos el común de los ciudadanos. El derecho de propiedad en su sentido tradicional o *dominio* es un derecho real sobre un bien que tiene una función económica y un contenido patrimonial, es decir, es susceptible de valoración pecuniaria⁶³. Este derecho de propiedad implica el uso, goce o disposición⁶⁴ de la cosa. El territorio, en cambio, implica para los pueblos indígenas “un espacio donde su cultura se reproduce y se ejerce su autonomía interna dentro de las fronteras del Estado”⁶⁵.

Es claro que en el discurso reivindicativo indígena se han mezclado estos dos conceptos. Por un lado con la ideología de izquierda los indígenas fueron equiparados al campesinado y al proletariado general, es así como se estableció “la consigna de la *lucha por la tierra*, entendida *la tierra* como el medio de producción fundamental del campesinado, cuyo control había que recuperar”⁶⁶; por otro lado se establece que los indígenas, por su calidad de pueblos, gozan de derechos especiales sobre el territorio que ocupan, sin los cuales su cultura y prácticas ancestrales se verían afectadas, dada su íntima relación con el medio que las rodea.

⁶³ Para Frédéric Murlon la palabra bienes es asociada a las cosas susceptibles de entrar en el patrimonio de una persona. Véase A. Alessandri, et al. *Tratado de Derecho Civil, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 13

⁶⁴ O derecho de *dominio*, es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella, de acuerdo al artículo 599 del Código Civil Ecuatoriano

⁶⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Defensoría del Pueblo del Perú, Lima-Perú, 2004, p. 48

⁶⁶ J. ECHEVERRI, *Territorio...*, op.cit., p. 261

La propiedad como derecho real y sus distintas formas de adquisición en el sistema tradicional occidental, de herencia romana, sirven de base para el intercambio y comercio de bienes, lo cual no necesariamente concuerda con el objetivo final de la protección del territorio indígena que es la conservación de su cultura, recursos y entorno, a decir de Pedro García hay que entender que:

Quando los pueblos indígenas reclaman la propiedad de sus tierras no ponen acento en las características esenciales de la institución de la propiedad ni tampoco en los valores que encierra para una sociedad de mercado (libertad de acción del propietario, individualización del trabajo en la tierra, etc) ni mucho menos en las repercusiones económicas que lleva aparejada la institución (divisibilidad, alienabilidad, circulación mercantil, seguridad crediticia, etc.). Lo que rescatan de la propiedad son las posibilidades defensivas que le otorgan el carácter de absoluto de su ejercicio, su exclusividad y su perpetuidad. Sin embargo, esas facultades –concebidas para desarrollar el imperio del individuo (del *homo faber*, del *homo economicus*) sobre un objeto cuya característica principal es su circulación mercantil-, cuando son aplicadas a un sujeto y a un objeto jurídico tan diferente como lo son los pueblos indígenas y sus espacios de vida, devienen en la antítesis de su esencia ya que se reclaman, precisamente para impedir la circulación y reafirmar su indisponibilidad⁶⁷.

En el caso de Ecuador, en los años 80's y 90's el movimiento indígena se basó principalmente en discursos de reivindicación agraria y campesina, liderada por los productores indígenas de la sierra, sin embargo, actualmente los discursos de reivindicación basados en la nueva normativa internacional reclaman al territorio indígena como una integralidad bajo la cual los pueblos desarrollan sus propios sistemas de gobernanza en sus territorios.

En cuanto al derecho a la propiedad, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 17 que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”. Ante la necesidad de garantizar la propiedad comunal, el concepto tradicional de propiedad ha tenido que ser replanteado y discutida su aplicación en el ámbito comunal, tal es el caso del Sistema Interamericano en el cual la propiedad comunitaria no ha sido explícitamente garantizada en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el artículo 21 de este documento establece garantías a la propiedad privada al decir que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes” dejando la opción de subordinar

⁶⁷ P. GARCÍA, *Territorios Indígenas: Tocando a las Puertas del Derecho*, en A. SURRALLÉS Y P. GARCÍA (EDITORES), *Tierra Adentro.- Territorio Indígena y Percepción del Entorno*, IGWIA, Copenhague-Dinamarca, 2004, op. cit., p. 282

tal uso y goce al interés social. En este caso la Corte Interamericana en el caso *Awas Tigni* concluyó que

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.

Esta consideración de la Corte reafirma el criterio de interpretación integral y *pro omine* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya analizado en el primer capítulo de la presente tesina y constituyó la puerta de entrada a la discusión y reclamación de las tierras y territorios indígenas en el Sistema Interamericano. Posteriormente, la misma Corte en el caso del pueblo *Sawhoyamaya Vs. Paraguay* considera que los conceptos de propiedad y posesión en el caso de las comunidades indígenas pueden tener una connotación colectiva, en cuanto

Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas⁶⁸

El tema de la posesión ancestral de las tierras y territorios indígenas tiene especial importancia para efectos de nuestro análisis pues la Corte sostiene que la ocupación tradicional debe bastar para obtener el reconocimiento estatal de su propiedad⁶⁹, asimismo, ha considerado que más que un privilegio de uso de la tierra, que puede ser despojado por el Estado, los pueblos indígenas deben obtener el título de su territorio para garantizar el uso y goce permanente de sus tierras⁷⁰.

En determinadas circunstancias pueden surgir conflictos entre los propietarios privados y los pueblos indígenas en reclamación de sus derechos territoriales. La Corte Interamericana en el Caso *Yakye Axa vs. Paraguay* considera

⁶⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia del 28 de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 120

⁶⁹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad *Moiwana vs. Surinam*, Sentencia del 8 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.133. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase también el Caso de la Comunidad *Mayagna (SUMO) Awas Tigni Vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 151

⁷⁰ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena *Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia del 28 de 29 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.115

que ambos casos tienen el derecho a la protección del artículo 21 de la Convención Americana⁷¹, sin embargo los Estados

...deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural... Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros⁷²

En este sentido la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada podría ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales, esto implicaría el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Convenio OIT 169 incorpora el concepto de territorios en el caso del derecho al uso, administración y conservación de sus recursos naturales y al de no ser trasladados de las tierras que ocupan (salvo excepciones)⁷³, materia del próximo análisis. Según Pedro García en el problema de la reivindicación del territorio indígena desaparecen las dificultades al momento en el que a los pueblos indígenas se les reconoce la libre determinación como *pueblos*, pues en ese momento el concepto de territorio quedaría fuera de la problemática civilista de la propiedad⁷⁴, en esta situación faltaría únicamente la decisión política de los Estados para sanear las condiciones organizativas y políticas e incluir la figura territorial indígena en sus respectivos ordenamientos, ya que jurídicamente ha sido solucionado el problema. Precisamente esta voluntad política nos parece aún distante y en el reconocimiento efectivo de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se han encontrado más trabas jurídicas y administrativas que intenciones reales de implementarse.

⁷¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 143

⁷² *Ibíd.*, párr. 146-148

⁷³ Convenio OIT 169 Art. 13 a 15.

⁷⁴ P. GARCÍA, *Territorios Indígenas...*, pág. 277.

El alcance jurídico del territorio indígena en el marco del Convenio OIT 169 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Para entender el problema de la territorialidad indígena es indispensable analizar los compromisos internacionales que ha ratificado el Ecuador en materia de derechos territoriales de los pueblos indígenas, por ello es pertinente definir cuál es el alcance de estos derechos establecidos en el convenio OIT 169 en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Convenio OIT 169 introduce el concepto de territorios en cuanto al derecho a la administración, utilización y conservación de sus recursos naturales en su artículo 15 y a la disposición de evitar el traslado de la tierra que ocupan en su artículo 16. El resto de artículos de la parte II del Convenio se relacionan más al concepto de tierras como derecho de propiedad, circunstancia entendible dada la época y el contexto en el cual nació el Convenio OIT 169: finales de los 80's y el apogeo de la lucha indígena de reivindicación por la tierra, respectivamente. Casi dos décadas más tarde, la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas añade un contexto más holístico –posiblemente como consecuencia de los vacíos provocados por las falencias de la afirmación vaga de territorio establecida en el Convenio- incorporando en todas las disposiciones relativas a las reivindicaciones de los indígenas respecto a su entorno el derecho a las “tierras, territorios y recursos”, como un derecho único y dejando de lado la tendencia observada en el Convenio de separar los tres conceptos.

El derecho de los pueblos a sus “tierras, territorios y recursos” en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece, en contraste con el Convenio OIT 169, las siguientes innovaciones conceptuales respecto a la problemática de la territorialidad indígena:

- En relación al uso, administración y conservación de los recursos dentro de los territorios indígenas establecido en el artículo 14 del Convenio, la Declaración, en su artículo 26, establece una evolución conceptual al establecer el derecho a “poseer, utilizar, desarrollar y *controlar* las tierras, territorios y recursos”; en este

contexto, se abre la puerta a una nueva perspectiva que refuerza los derechos territoriales basados en el principio de autodeterminación por medio del derecho al “control” de su territorialidad y no sólo al “uso” de sus tierras, incluyendo los recursos que se encuentran en ella. La cuestión sobre el uso, desarrollo y control de los recursos naturales existentes en territorios indígenas la analizaremos en el tercer capítulo referente a la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales.

- En el caso de la posibilidad de la propiedad del Estado sobre los minerales o recursos del subsuelo, garantizando el derecho de consulta establecido en el artículo 15 del Convenio, la Declaración no la menciona ni la establece como una categoría posible, en este sentido más bien reafirma en su artículo 32 que los pueblos indígenas tienen el derecho a “determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”. En cuanto al derecho de consulta establecido en el Convenio, la Declaración nos da una institución mucho más amplia y pertinente para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas que es la del “consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos”; el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos coincide con las disposiciones de la Declaración en el sentido de que el Estado tiene la obligación de no sólo consultar, sino también de obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones⁷⁵.
- El Convenio establece en el mismo artículo 15 que “los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”, la Declaración, en cambio, en el artículo 32 establece la “reparación justa y equitativa por esas actividades, y la adopción de medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden

⁷⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 134

ambiental, económico, social, cultural o espiritual”, en este último contexto el concepto de reparación involucra una serie de acciones que el Estado debe tomar para resarcir el daño causado, en contraposición con la simple “indemnización” económica que presupone la garantía del OIT 169. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño implica el deber de repararlo en el marco del artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁶.

Para comparar, contrastar y concordar estos instrumentos internacionales, en la siguiente tabla se pueden observar los artículos tanto del Convenio OIT 169, como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas relativos a los derechos territoriales indígenas⁷⁷:

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 186. En el mencionado caso se sentenció al Estado a dos tipos de medidas de reparación: 1) medidas de satisfacción y no repetición y 2) medidas de indemnización; las primeras implican el garantizar la no repetición de la violación a los derechos, mientras que las segundas son medidas pecuniarias que pueden fijarse por daño material y daño inmaterial.

⁷⁷ La tabla ha sido elaborada por el autor.

Artículo 7

...

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, 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. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Tal vez la innovación más interesante de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas respecto a los derechos territoriales es dejar a un lado la separación de los conceptos de tierra, territorio y recursos en varias categorías con distinta implicación jurídica y darles una unidad, acorde con la cosmovisión indígena de la relación con su entorno, al hablar de un solo derecho a las “tierras, territorios y recursos” que han ocupado o poseído de forma tradicional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya se ha valido de la Declaración de las Naciones Unidas en correlación con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷⁸ para dar mayor amplitud a la protección del Derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales en el marco del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el caso del Pueblo de Saramaka Vs. Surinam⁷⁹, esto reafirmaría los criterios de interpretación, validez y naturaleza jurídica de los instrumentos de Derechos Humanos en el sentido de que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como parte del *corpus iuris* en materia de derechos indígenas, aclara y define el alcance de los derechos contenidos en otros instrumentos en principio “vinculantes”⁸⁰.

El Problema de la Territorialidad Indígena en el Derecho Internacional.- Análisis de las Doctrinas del Desposeimiento

Entender la problemática de los pueblos indígenas respecto a sus territorios y la preexistencia de sus derechos sobre estos espacios de vida, es hacer un análisis de las doctrinas del *desposeimiento*, es decir de cómo a través de procesos de colonización formal o informal, expresa o implícitamente los pueblos indígenas han sido anexados a un modelo político predominante contrario a sus formas propias de

⁷⁸ Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos :

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 131

⁸⁰ En el caso ecuatoriano, dada la situación y validez especial que otorga la Constitución vigente a los derechos contenidos en los instrumentos de Derechos Humanos, los derechos contenidos en la Declaración son vinculantes y directamente justiciables ante cualquier juez o autoridad competente, Véase cap. 1.

gobernanza y estilo de vida preexistentes y garantizados actualmente por su condición de pueblos. Las doctrinas del desposeimiento surgen después del desarrollo del derecho internacional moderno, concretamente a través de las doctrinas del *terra nullius* y la teoría del “descubrimiento”⁸¹.

La doctrina de *terra nullius* se refiere a la ocupación de los territorios que no poseen dueño, por mucho tiempo las potencias colonizadoras utilizaron el argumento de que las tierras en las que habitaban pueblos salvajes y no civilizados, en este sentido sostenía que las tierras indígenas están legalmente desocupadas hasta la llegada de una presencia colonial⁸². En este sentido la Corte Internacional de Justicia, en el caso relativo al Sahara Occidental, acepta una opinión consultiva sui generis⁸³ y establece que en el momento de la colonización del Sahara Occidental por parte de España dichos territorios estaban habitados por tribus o pueblos que tenían una organización social y política que no podía considerarse *terra nullius*⁸⁴, este es un precedente relevante, dado que trata del reconocimiento de la jurisprudencia internacional como de aplicación equívoca por parte de los colonizadores. Existen varios casos en la jurisprudencia comparada de cortes nacionales que han calificado también a la doctrina de *terra nullius* como discriminatoria e inaceptable, como por ejemplo *Mabo v. Queensland*⁸⁵ en Australia y *Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd*⁸⁶ en Sudáfrica.

⁸¹ Cfr. E. DAES, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, documento de trabajo final presentado por la relatora especial, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2001/21, junio de 2001, párr. 31

⁸² En el caso *Denmark v. Norway* de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se establece que los territorios de Groenlandia tenían la condición de *terra nullius*, en virtud de eso se discute la legitimidad de la ocupación noruega y danesa. Véase *Legal Status of Eastern Greenland, Denmark v. Norway*, P.C.I.J. (ser A/B)N°53

⁸³ En este caso la corte establece que pese a no tener una controversia en la cual la corte era competente de fallar en cuanto al caso específico, tenía los suficientes argumentos para constituir una opinión consultiva que permitiera a la Asamblea General ejercer sus funciones respecto a la descolonización de un territorio. Véase Corte Internacional de Justicia, *Western Sahara, Advisory Opinion*, 1.C.J. Reports 1975, párr.73

⁸⁴ Cfr. Corte Internacional de Justicia, *Western Sahara, Advisory Opinion*, 1.C.J. Reports 1975, párr.82-83

⁸⁵ “If it were permissible in past centuries to keep the common law in step with international law, it is imperative in today’s world that the common law should neither be nor be seen to be frozen in an age of racial discrimination. The fiction by which the rights and interests of Indigenous inhabitants were treated as non-existent was justified by a policy which has no place in the contemporary law of this country”. Véase. *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1, 41-4

⁸⁶ En el caso *Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd and another*, se establece que “During the nineteenth century the positivist view prevailed, with the result that indigenous, non-European peoples in loosely organized societies were viewed as having no rights under international law. Consequently their territory was viewed as *terra nullius* – a designation that gave legal backing to the colonial expansion of that century” Cfr. *Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd and another* (488/2001) [2003] ZASCA 14 (24 March 2003), párr 120

En cuanto a la teoría del descubrimiento, cabe considerar el análisis de Francisco de Vitoria uno de los “fundadores del Derecho Internacional” respecto a la justificación de la ocupación española sobre los pueblos de América:

puesto que los príncipes españoles fueron los primeros que, bajo sus auspicios y con su dinero, tomaron sobre sí aquella navegación y descubrieron felizmente el nuevo mundo, justo es que tal peregrinación se prohíba a los demás y ellos solos gocen de lo descubierto... Si los bárbaros, ya sean sus jefes, ya sea el pueblo mismo, impidieran a los españoles anunciar libremente el Evangelio... hacen los bárbaros injuria a los cristianos... luego, tienen ya éstos justa causa para declarar la guerra... es lícito a los españoles ocupar sus tierras y provincias, establecer nuevos señores y destituir a los antiguos, y hacer las demás cosas que por derecho de guerra son lícitas en toda guerra justa⁸⁷

Ha sido posiblemente el mismo criterio el que llevo a determinar mediante bula papal la posesión “legítima” de las tierras de América. Cabe recalcar que no ha habido jurisprudencia internacional alguna que califique a la doctrina del descubrimiento como discriminatoria y contraria a los derechos territoriales preexistentes de los pueblos indígenas, resulta difícil conformarse con las escuetas⁸⁸ disculpas del Papa Benedicto XVI acerca del sufrimiento que ha provocado el proceso de evangelización en los indígenas americanos. En el caso americano es esta doctrina del descubrimiento, reflejada en la tesis de Vitoria, precisamente “el marco conceptual construido para legitimar la colonización y los diferentes métodos empleados para desposeer a los pueblos indígenas y expropiar sus tierras, territorios y recursos”⁸⁹. Entre discusiones acerca de la naturaleza humana de los *indios* de aquella época, los naturalistas sostenían el principio de igualdad de todos los seres humanos, e incluían a los pueblos indígenas en el marco del Derecho de las Naciones. Desafortunadamente, ante su falta de fuerza para detener los procesos de colonización, más tarde se excluiría a los indígenas para legitimar el sistema colonial y garantizar las obligaciones y relaciones de los Estados europeos y otros Estados igualmente “civilizados” en el marco del Derecho Internacional, tal como lo

⁸⁷ F. DE VITORIA, *Reelecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985, pág.65

⁸⁸ “Desde Ciudad del Vaticano el pontífice ha reconocido que, junto a las luces que él ve, también hubo sombras, pero desde luego no ha pedido disculpas por los desmanes que se pudieran cometer”. “Aunque no pasamos por alto las varias injusticias y el sufrimiento que implicó la colonización, el Evangelio ha expresado y sigue expresando la identidad de las gentes de esta región”. Diario El País, disponible en línea en http://www.elpais.com/articulo/internacional/Papa/admite/colonizacion/evangelizacion/America/provoco/sufrimiento/injusticias/elpepuint/20070523elpepuint_9/Tes, consultado en 23/05/2008

⁸⁹ Cfr. E. DAES, *Las poblaciones...*, op.cit., párr. 23

conocemos actualmente⁹⁰. El haber mantenido a los pueblos indígenas en el Derecho de las Naciones hubiera dado un contexto totalmente diferente a la discusión de la soberanía de los mismos sobre sus tierras, territorios y recursos, materia que analizaremos en el próximo capítulo.

⁹⁰ *Ibíd.* párr. 24-27

CAPITULO IV
LA SOBERANIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE
SUS RECURSOS NATURALES, EN ESPECIAL LOS NO
RENOVABLES

De la interpretación de la jurisprudencia internacional y normas vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se concluye que el principio de la soberanía de los pueblos sobre sus recursos se aplica también a los pueblos indígenas por su condición de pueblos. Este principio, dada la característica especial de inseparabilidad e intangibilidad del territorio indígena, es aplicable también para los recursos no renovables y del subsuelo.

La Soberanía de los Pueblos Indígenas sobre sus Recursos Naturales

No existe en el Convenio OIT 169 ni en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el reconocimiento explícito del derecho soberano *permanente* de los pueblos sobre los recursos naturales existentes dentro de sus territorios, sin embargo, según Erica-Irene Daes, esta aceptación se encuentra implícita por lo menos en el caso de la Declaración⁹¹, la cual en sus artículos 25 a 29, referentes a los derechos de los pueblos respecto a su entorno, utiliza reiterativamente la obligación estatal de garantizar el derecho a las “tierras, territorios y recursos” de los pueblos indígenas⁹².

Resulta pertinente analizar la garantía de las “tierras, territorios y recursos” indígenas en el marco del capítulo segundo del presente estudio en cuanto al derecho de libre determinación y a la noción de soberanía según la cual “en tiempos modernos es corriente afirmar que ningún Estado goza de una soberanía sin trabas y que todos los Estados están limitados en su soberanía por los tratados y por el derecho internacional consuetudinario”⁹³; como ya lo analizamos anteriormente, esta nueva concepción soberana no implica necesariamente independencia cuanto libre poder de los pueblos de controlar, administrar y disponer de sus recursos.

La vinculación implícita entre territorios y recursos naturales en materia de derechos de los pueblos indígenas parte de la relación especial de los pueblos con el espacio que les rodea, sin el cual su existencia misma se vería amenazada, por lo tanto, para garantizar sus derechos territoriales es imprescindible que los pueblos indígenas gocen de soberanía permanente sobre sus recursos naturales. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido la conexión de la privación al territorio como violación al derecho a la vida

⁹¹ “En los últimos años, el contenido de este principio ha sido incorporado implícitamente en el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas...está presente también en los debates motivados por las disposiciones paralelas sobre la autodeterminación y las tierras y territorios que con tiene el proyecto de Declaración Americana de sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de Estados Americanos”. Nótese que dicho informe fue presentado por la Relatora Especial en el año 2004, por ende la DNUDPI estaba todavía en proyecto. Véase E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit., párr. 14-15

⁹² Ver cuadro comparativo p. 43

⁹³ A. CASSESE. *International Law*, 2001, pág. 91, citado en E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit. párr. 20

establecido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹⁴ en la medida que

Es claro para la Corte que un Estado no puede ser responsable por cualquier situación de riesgo al derecho a la vida. Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que, juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo⁹⁵

El principio de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales se origina a principios de los años 50 a favor de los pueblos que salían de regímenes coloniales en los cuales sus países dominantes gozaban de los beneficios de dichos recursos. Para Daes, en la resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1962 se establece ya explícitamente que la Soberanía de los pueblos sobre sus recursos constituye parte fundamental del proceso de descolonización, no obstante, en 1966 la soberanía permanente adquiere el carácter de principio general del Derecho Internacional al ser incluido en el artículo 1 común a los pactos internacionales sobre Derechos Humanos⁹⁶ estableciendo el derecho de los pueblos a la autodeterminación y a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales⁹⁷. El principio de soberanía sobre los recursos naturales es también recogido en el artículo 47 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

⁹⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 152.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párrs. 123 y 124, y véase también *Kiliç v. Turkey* (2000) III, EurCourt HR, 63, *Öneriyıldız v. Turkey*, application no. 48939/99, EurCourt HR [gc], Judgment 30 November 2004, 93.

⁹⁶ Cfr. E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit., párr. 9-10

⁹⁷ Artículo 1 Común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podría privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Políticos que establece que “ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales”⁹⁸.

La soberanía permanente de los pueblos sobre sus recursos es aplicable también a los pueblos indígenas por su calidad de *pueblos* reconocida tanto en el convenio OIT 169, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas e incluso en nuestra constitución vigente en la lógica de aplicabilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos analizada en el primer capítulo. En este sentido la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y desarrollo establece en su principio 23 que “deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación”. Podríamos concluir que por las doctrinas del desposeimiento que se han aplicado a los pueblos indígenas por medio de la doctrina del descubrimiento, además de los desplazamientos forzados, asimilación cultural, colonización de sus territorios y expropiaciones propias de la actividad extractiva ecuatoriana a lo largo de la historia ecuatoriana, este principio es perfectamente aplicable al caso concreto de los pueblos indígenas en nuestro país.

A primera vista, al analizar el concepto de pueblos establecido en los Pactos y la Carta de las Naciones Unidas, se podría concluir que dada la prohibición explícita del Convenio OIT 169 como de la misma Declaración en cuanto a la negación interpretativa de dichos documentos en el sentido de autorizar o fomentar acción alguna encaminada a quebrantar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes⁹⁹, se podría pensar que el concepto de soberanía permanente sobre los recursos naturales sólo se puede aplicar hacia países o pueblos en proceso de independencia y no a pueblos en los cuales esta

⁹⁸ La validez de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para establecer los derechos de los pueblos indígenas como pueblos ya fue analizado en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Véase nota 43.

⁹⁹ Artículo 46 Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas:

1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

independencia esté restringida. Ante esta interpretación restrictiva es importante tomar en cuenta el artículo 5 común a los Pactos de Naciones Unidas que dispone lo siguiente:

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Esta disposición nos llevaría a concluir que, como ya lo analizamos en el capítulo segundo, dicha disposición del convenio OIT 169 no hace sino fomentar el bloqueo de los Estados firmantes respecto a la discusión de que si la validez y legitimidad de su organización política y administrativa responde al principio de autodeterminación¹⁰⁰ y que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prima el principio de soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales establecida en los pactos de Naciones Unidas sobre cualquier disposición que restrinja este derecho. En cuanto al problema de la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos frente a la soberanía única estatal, hay que anotar que ya en el siglo XIX Emmerich de Vattel, influyente jurisconsulto francés, en su obra *El Derecho de las Naciones*, menciona que respecto al concepto tradicional de soberanía que se refería al poder supremo dentro del Estado sin restricción alguna, el término ya carecía de sentido absoluto y se reconocía ya en Derecho Internacional que un soberano podía estar bajo la protección de otro, un soberano mayor, sin perder por ello su soberanía¹⁰¹.

Contrariamente al derecho a la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales contenido en los pactos, el interés económico y las políticas extractivistas de los Estados a nivel mundial (dada la importancia geopolítica energética de los recursos, especialmente los del subsuelo) ha creado una tendencia a la estatización de los mismos, declarándolos propiedad exclusiva del Estado,

¹⁰⁰ Cfr. A. PONCE, *Los Derechos...*, op cit., p. 531

¹⁰¹ E. DE VATTEL, *The Law of Nations*, American Ed. (1805), Bk I, Ch.1, p. 60, en E. DAES, *La Soberanía...*, *Óp. Cit.*, párr. 19

estatización que incluso es reconocida por el Convenio OIT 169 pero que, por lo argumentos expuestos en esta tesina respecto al reconocimiento jurídico del territorio indígena¹⁰², concluimos que resulta incompatible con el derecho al territorio basado en la autodeterminación de los pueblos. Para aclarar este contexto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Saramaka Vs. Surinam* remarca que

ha sostenido previamente que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio "que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí" y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales. Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros¹⁰³

La relatora especial de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, nos cita el caso de *Alexkor Limited and the Government of South Africa v. The Richtersveld Community and Others* del 24 de marzo de 2003, en el cual el tribunal constitucional establece la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos del subsuelo, el cual califica la doctrina de *terra nullius* como discriminatoria y causante de despojo por la consideración de que la comunidad de Richtersveld no gozaba de derechos sobre sus tierras en razón de su "falta de civilización", consecuentemente la Supreme Court of Appeals de Sudáfrica ordena que se restituya el derecho de exclusiva ocupación y uso de la tierra por parte de la comunidad, incluyendo sus minerales y piedras preciosas¹⁰⁴. Este

¹⁰² Véase Cap. 3

¹⁰³ Caso de la Comunidad Saramaka Vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 120 Cfr. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya. La Corte también tomó nota que la Comisión Africana, así como la Corte Suprema de Canadá y la Corte Constitucional de África del Sur han declarado que los derechos de las comunidades indígenas a las tierras deben ser entendidos de manera tal que incluyan los recursos naturales que allí se encuentren. Sin embargo, la Comisión Africana y la Corte Suprema de Canadá han observado que tales derechos no son absolutos, y que pueden ser restringidos bajo ciertas condiciones. Cfr. Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001), párrs. 42, 54 y 55.

¹⁰⁴ In result the appeal succeeds with costs including the costs of two counsel. The orders of the LCC are set aside and replaced with an order in the following terms:

'(a) It is declared that, subject to the issues that stand over for later determination, the first plaintiff is entitled in terms of s 2(1) of the Restitution of Land Rights Act 22 of 1994 to restitution of the right to exclusive beneficial occupation and use, akin to that held under common law ownership, of the subject land (including its minerals and precious stones);

(b) The defendants are ordered jointly and severally to pay the plaintiffs' costs including the costs of three counsel.'

definitivamente constituye el caso más importante en el que un tribunal interno reconoce la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos sin discriminación de su calidad de renovables o no renovables/suelo o subsuelo, tomando en cuenta la importancia que para el gobierno sudafricano reviste la explotación minera.

Es importante también en materia de soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales analizar el caso del pueblo indígena Innuit de Canadá a los cuales el gobierno concedió su autonomía después de un largo proceso de reivindicación del pueblo Innuit en virtud de que antes de la imposición cultural europea este pueblo habitaba ya en su enorme territorio, con plena independencia y soberanía sobre sus recursos, en este sentido Armand McKenzie, representante del Innu Council of Natassinan en el seminario de expertos relativo a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales y su relación con sus tierras, menciona que existen

acuerdos concertados entre pueblos indígenas, el sector privado y el gobierno regional con arreglos de participación equitativa en las negociaciones, el consentimiento previo dado libremente y con pleno conocimiento de causa y la distribución de los beneficios para garantizar a las comunidades un desarrollo basado en los derechos. También se refirió al acuerdo de principio concertado entre las primeras naciones Innu y el Gobierno de Canadá, por el cual se les había reconocido la propiedad plena del suelo y del subsuelo y el derecho a utilizar sus tierras y recursos naturales y a disfrutar y disponer de ellos libremente¹⁰⁵.

El *Case Law*¹⁰⁶ americano, es uno de los sistemas que nos otorga una relativamente amplia jurisprudencia respecto a la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos, destacándose el caso *Worcester v. Georgia* en el cual se menciona que los territorios *indios*¹⁰⁷ son entes completamente separados de los Estados y que toda relación con ellos se manejará por el gobierno de la Unión¹⁰⁸ ya que constituyen protectorados en el sentido de que la potencia más débil puede

Cfr. Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd. and another (488/2001) [2003] ZASCA 14 (24 March 2003), párr.111

¹⁰⁵ Informe sobre el seminario de expertos relativo a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales y su relación con sus tierras, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/3, párr. 18

¹⁰⁶ Léase también *jurisprudencia*

¹⁰⁷ En esa época, 1832, no se discutía todavía el concepto de indígena en el marco de lo analizado en el capítulo primero de la presente tesis.

¹⁰⁸ "Treaties and laws of the United States contemplate the Indian territory as completely separated from that of the states; and provide that all intercourse with them shall be carried on exclusively by the government of the union". Véase *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. 515 (1832)

ponerse al amparo de otra más fuerte renunciando a su independencia y derecho de autogobierno, además un Estado débil puede ponerse bajo la protección de otro sin renunciar a su propio gobierno y sin dejar de ser un Estado. Las decisiones del juez Marshall en este caso se reflejarían en otros como *Cherokee v. Georgia* en los cuales falló en el mismo sentido¹⁰⁹.

Entre otros casos de éxito se podría mencionar a Nicaragua, pues actualmente existe reconocimiento de la soberanía de los indígenas sobre sus recursos en el marco de la legislación existente acerca de la demarcación y titulación de tierras que reconoce la autoridad de gobierno de las comunidades locales indias sobre sus tierras, territorios y recursos en toda la Costa Atlántica¹¹⁰.

El tratado de Waitangi Neozelandés, que constituye el documento fundacional de Nueva Zelanda¹¹¹, tiene una versión inglesa y una en maorí, las cuales guardan profundas diferencias en cuanto al concepto de soberanía en razón de la traducción, es así como

Existe tensión y conflicto entre la garantía de la *tino rangatiratanga*, por una parte, y la garantía de la *kawanatanga* (que generalmente se entiende como gobernanza), por otra parte. La versión inglesa del Tratado afirma que la soberanía absoluta se otorga a la Corona, mientras que la versión maorí otorga a la Reina de Inglaterra *kawanatanga* o goberna sobre sus tierras. Kawharu señala que al parecer los maoríes no entendieron que esto significase garantizar la soberanía a la Reina, ya que este concepto no tenía paralelo en la sociedad maorí de ese momento. De hecho, en 1840 el concepto más cercano al de soberanía habría sido el de *tino rangatiratanga*, que el artículo 2 de la versión maorí reservó y guardó expresamente para los jefes y las tribus¹¹².

En Colombia, en la segunda mitad de la década de los ochenta, el gobierno hizo el reconocimiento y titulación de grandes extensiones territoriales en la Amazonía colombiana a favor de grupos indígenas, se titularon cerca de veinte

¹⁰⁹ Cfr. E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit., párr. 21-22

¹¹⁰ Cfr. Ley del Régimen de la Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de los Ríos Coso, Bocay, Indio y Maíz. Publicado en La Gaceta Diario Oficial, N° 16, enero 2003. Citado en E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit., párr. 25.

¹¹¹ E. DAES, *La Soberanía ...*, op.cit., párr. 26

¹¹² “la *rangatiratanga* garantiza el control *maorí* de sus recursos tribales. Hay dos puntos que cabe señalar en relación con la interpretación de Sir Hugh Kawharu. En primer lugar el ejercicio sin reservas de la jefatura proporciona a los maoríes el control de acuerdo con sus costumbres. En segundo lugar, los *taonga* o tesoros tienen relación con todas las dimensiones, materiales y no materiales, del patrimonio de un grupo tribal. La garantía de la *rangatiratanga* requiere que se dé “una alta prioridad a los intereses maoríes cuando los trabajos propuestos pueden tener repercusiones en los *taonga* maoríes. Véase en COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, *La Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore: Cuadro de Comentarios por Escrito sobre Los Objetivos Y Principios Revisados*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007, WIPO/GRTKF/IC/11/4(b), Apéndice, p.7

millones de hectáreas bajo la figura de resguardos indígenas que representan más de la mitad del área amazónica de Colombia¹¹³

En el caso de Bolivia, el Presidente Evo Morales en abril de 2008 reconoció la autonomía de cinco pueblos indígenas en Santa Cruz antes de un referéndum que iba a ser convocado por los grupos de oposición, en el caso de las comunidades de Lomerío se consideró que

Las determinaciones asumidas por los monkoos se amparan en la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, ratificada en Bolivia mediante la Ley N° 3760 del 7 de Noviembre de 2007, en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, igualmente ratificado con la Ley N° 1257 del 11 de julio de 1991, y en la actual Constitución Política del Estado, en los artículos 1 y 171. Acogiéndose a estos convenios y declaraciones, la CICOL¹¹⁴ declara que la autonomía es “la expresión de la libre autodeterminación de los pueblos, fundada en la pre existencia como naciones y pueblos indígenas originarios y el dominio ancestral sobre nuestros territorios, anterior a la creación del Estado boliviano”¹¹⁵.

El caso boliviano es uno de los primeros resultados efectivos que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas ha propiciado para el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y sus recursos. Debido a que el proceso se da en virtud de la existencia de un gobierno con postulados pro indigenistas, no podríamos asegurar que la dinámica boliviana de reconocimiento de los derechos de los pueblos se extienda a sus vecinos con la misma rapidez y efectividad.

La soberanía de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales no renovables en sus territorios, breve análisis de su situación en el Ecuador.

El Ecuador, al igual que otros Estados, establece en su Constitución que los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su

¹¹³ UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL SISTEMA DE PARQUES NACIONALES NATURALES, Ministerio de Medio Ambiente de Colombia. *Política de Participación Social en la Conservación*, Ministerio del Medio Ambiente, Bogotá, 2001. Citado en J. ECHEVERRI, *Territorio...*, op. cit., p. 259

¹¹⁴ Central Indígena de Comunidades Originarias de Lomerío

¹¹⁵ Información disponible en línea en el sitio web Ukhamchampa Bolivia, disponible en línea en <http://www.ubnoticias.org/es/article/declaracion-de-autonomia-indigena>

patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible¹¹⁶, es decir mantiene la postura de la estatización de los recursos no renovables. En este sentido separar el territorio indígena en recursos del suelo y el subsuelo¹¹⁷ o renovables y no renovables es condicionar a dichos pueblos a una soberanía relativa sobre sus recursos, esto constituye un limitante que implica incumplimientos directos de las obligaciones adquiridas respecto a los derechos territoriales de los pueblos para los países firmantes tanto de los Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en el caso ecuatoriano incluso con mucha más razón bajo la lógica constitucional interpretativa en materia de derechos humanos analizada ya en el primer capítulo del presente estudio.

La actividad extractiva de los recursos naturales no renovables ha impactado directamente en el modo de vivir de estos pueblos a lo largo de las últimas décadas. Si el proceso de colonización impulsado por el Estado ecuatoriano ignoraba en su mayor parte la identidad indígena, la política de convertir a la actividad extractiva en el modo de desarrollo económico nacional impactó aún más en la vida cotidiana de estos pueblos. Para Tito Puanchur, ex vicepresidente de la CONAIE:

La consolidación de las nacionalidades y pueblos se basa en la búsqueda de legitimidad política y territorial. No podemos seguir despojados de nuestros territorios, de nuestros recursos naturales, del agua y de toda la diversidad biológica y cultural, que son el elemento vital de nuestra existencia.¹¹⁸

Si la extracción de recursos naturales en el país está por lo general asociada a la contaminación ambiental y a un proceso de marginalización y de exclusión del “otro” en la misma construcción nacional (en nuestro caso particular este “otro” son los pueblos indígenas), tanto en la planificación, como en el proceso de ejecución del desarrollo económico de nuestro país, hay que replantear la dinámica y

¹¹⁶ Art. 408 Constitución de la República del Ecuador:

“Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas...”

Así también lo establece el Artículo 1 de la Constitución que dispone que “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”

¹¹⁷ También el Código Civil ecuatoriano establece esta distinción en su artículo 607

¹¹⁸ T. PUANCHUR, “La consolidación de los pueblos se basa en la búsqueda de legitimidad política y territorial”, en COMITÉ ECUMÉNICO DE PROYECTOS, *El Oriente es un mito*, Abya-Yala, Quito, 2003, (p.125-126)

los parámetros empleados al momento de establecer nuestros proyectos productivos en territorios indígenas.

Respecto a la actividad extractiva en nuestro país, la Corte Interamericana, ha dictado providencias preventivas en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku ante la demanda de la comunidad indígena de encontrarse sobre un bloque de explotación petrolera que abarca la mayoría de su territorio. En virtud de la imposición del bloque petrolero, el Estado firmó un contrato de explotación con una compañía petrolera sin el consentimiento previo e informado de la comunidad, lo que generó una serie de agresiones y violaciones al derecho de estas comunidades a acceder a su territorio por su oposición sobre la mencionada concesión. En particular el Tribunal ha considerado la importancia de los recursos existentes en las tierras de las comunidades indígenas, que son base de su subsistencia, vida y tradiciones, reafirmando el criterio establecido en *Awas Tigni* al respecto de la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos. A pesar de que la fase de explotación petrolera no haya empezado en Sarayaku, la Corte ha manifestado que

pese a que la empresa no realice actividades actualmente, da igual relevancia el hecho informado a la corte de que la citada empresa haya colocado material explosivo en relación con sus actividades de exploración petrolera en el territorio donde se asienta el pueblo indígena de Sarayaku, lo cual constituye un grave riesgo para la vida e integridad de los habitantes de dicho pueblo¹¹⁹

Este caso en particular abre una nueva dimensión ante la discusión de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, aún en casos en los que se hayan estatizado los recursos del subsuelo, entendiendo al territorio como un todo dentro de su entorno. Esta decisión exige al Estado establecer medidas orientadas a que los miembros del pueblo de Sarayaku realicen sus actividades y hagan uso de sus recursos naturales, además añade la disposición de evitar los daños resultantes de las actividades de terceros que exploten sus recursos naturales¹²⁰

Si bien los pueblos indígenas lograron obtener ciertos derechos colectivos en la constitución anterior de 1998 y obtienen la implementación de unos mecanismos

¹¹⁹ Cfr. Caso Pueblo Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005, considerando 12.

¹²⁰ Cfr. *Ibíd.*, resolución 1 literal b)

de consulta y de participación en el manejo de los recursos no renovables en el país, es innegable que tanto en la participación de los pueblos indígenas en la definición del modo de desarrollo económico nacional, como en los beneficios obtenidos a partir de la actividad extractiva en sus propios territorios, se remite a unos instrumentos meramente formales que en su mayoría corresponden a un proceso excluyente opuesto a la libre determinación de estos pueblos. En el marco de nuestra constitución actual no se avizoran avances generales significativos respecto a la territorialidad indígena y soberanía sobre sus recursos naturales en general, sin embargo, se mantiene el criterio de la posibilidad de conformar circunscripciones territoriales indígenas¹²¹ y de forma específica establece que los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y que en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva¹²², llegando incluso a catalogar la inobservancia de estos derechos como delito de “etnocidio”, lo cual constituye el primer antecedente a nivel constitucional ecuatoriano de reconocimiento de la intangibilidad del territorio indígena, del derecho de los pueblos a libre determinarse y de la soberanía de estos pueblos sobre sus recursos, aunque se limite al caso de los pueblos en aislamiento voluntario.

El consentimiento informado establecido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no puede llevarse a cabo sin el respeto absoluto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas garantizados por los principios e instrumentos internacionales analizados ya a lo largo del presente estudio. En cuanto a la participación de los pueblos en los proyectos que impacten su entorno ni la Constitución, ni la Ley de Gestión Ambiental o el decreto ejecutivo 1040 no establecen el alcance del concepto de “derecho de consulta” ni de la “participación” efectiva, peor aún se avisa una cultura de gestión ambiental integral que garantice esos derechos en la práctica de forma real. Para Norman

¹²¹ Art. 242 de la Constitución de la República del Ecuador:

“El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.

Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”

¹²² Art. 57 de la Constitución de la República del Ecuador:

“Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley”

Wray, “la complejidad del derecho de consulta al cual se ha querido minimizar, por los alcances políticos que éste puede tener. Por otro lado el derecho a la consulta es una oportunidad para generar más espacios de participación en la toma de decisiones, por parte de los pueblos indígenas potencialmente afectados por las políticas estatales”¹²³. Para garantizar una participación real y el control de los pueblos indígenas sobre sus recursos establecidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es necesario el poder de veto ante la posible amenaza de una concesión irremediable o del poder de revocatoria del permiso ante una mala práctica extractivista ya acordada con los pueblos en sus territorios.

La falta de una garantía concreta sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas y la soberanía sobre sus recursos en nuestra Constitución vigente, así como también la estatización de los recursos del subsuelo, las áreas protegidas y la biodiversidad¹²⁴ son evidencia concreta de que a pesar de que el sector indígena participó formalmente en la construcción de nuestra carta fundamental, los temas de la territorialidad indígena quedaron teóricamente subsanados con la existencia de unas posibles *circunscripciones territoriales indígenas* que quedan condicionadas a la expedición de una ley que hasta la presente fecha, después de nuevo proceso constituyente, no ha sido promulgada¹²⁵, es así como la discusión de la territorialidad indígena ha quedado postergada en el Ecuador.

Dictar normas resulta insuficiente si su redacción no precisa cuales son los mecanismos, los instrumentos que permitirán dar forma a una nueva matriz energética en nuestro país, en la cual debería contemplarse un modelo consensuado

¹²³ N. WRAY, La Consulta como Derecho Político de los Pueblos Indígenas, Revista Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año III, N° 6, 2002., p.47

¹²⁴ En este sentido la Constitución ecuatoriana establece en el artículo 397 y 408 este derecho del estado sobre la diversidad biológica, áreas protegidas y recursos no renovables.

¹²⁵ Art. 257 de la Constitución de la República del Ecuador:

“ En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos...Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones”

de gobernanza energética indígena. Para cumplir con este objetivo, hace falta implementar un proceso más participativo en donde los pueblos indígenas ya no sufran las decisiones de otros actores en cuanto al uso y al manejo de sus territorios, sino que las mismas deben ser establecidas por y para los pueblos mismos.

La soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales contenida tanto en los pactos internacionales como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos los Pueblos Indígenas será un elemento de discusión y lucha a futuro en el marco de los sistemas de protección a los Derechos Humanos, la evolución del Derecho Internacional al respecto abre un camino para que el respeto al derecho de los pueblos indígenas al control de sus “tierras, territorios y recursos naturales” sea más viable y exigible a futuro.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente estudio, analizamos varios elementos que nos permitieron demostrar y afirmar que el derecho de los pueblos indígenas a libre determinarse en sus territorios y la soberanía sobre sus recursos naturales en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, priman jurídicamente sobre cualquier proyecto de interés económico impulsado por el Estado y las empresas transnacionales. Tal afirmación necesitó una argumentación sólida que incluya a todas las distintas categorías que nos permitan defender tal postura, razón por la cual dividimos nuestro trabajo en cuatro ejes principales.

Primero fue indispensable definir el alcance de los derechos de los pueblos indígenas en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ofreciéndonos elementos introductorios sólidos y definiendo el carácter e interpretación especial que se debe dar a dichos instrumentos.

En una segunda parte, discutimos el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas en sus territorios y analizamos la aplicabilidad de este derecho en cuanto a la relación especial entre el entorno y los pueblos indígenas como condición necesaria para la sobrevivencia de los mismos.

En tercer lugar, después de haber estudiado desde una perspectiva jurídica la libre determinación de los pueblos indígenas y la relación con su entorno, era necesario analizar la distinción entre los derechos vinculados a la tierra y el concepto

de territorio. En efecto, teníamos que demostrar que los derechos colectivos de los pueblos indígenas no se limitan a los simples derechos de la propiedad individual de sus tierras, sino que es necesario considerarlos en el contexto de una garantía territorial y de propiedad comunal para poder garantizar el conjunto de sus derechos colectivos. Para demostrarlo, nos basamos en el Derecho Internacional y Comparado en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas vigente para determinar el alcance jurídico del concepto de territorio. En ese contexto, presentamos cuales son las particularidades del problema de la territorialidad indígena.

Finalmente, dado el alcance de nuestro estudio, hubiera resultado trunco si no nos hubiéramos enfocado con bastante atención en la aplicación de estos derechos en un caso preciso y relevante, el de la disyuntiva en cuanto a la soberanía sobre los recursos naturales no renovables. Es así como planteamos la cuestión de la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales como elemento necesario para la garantía de la libre determinación en sus territorios para, finalmente, analizar el problema concreto de los recursos naturales no renovables y la situación de la soberanía sobre los recursos naturales y pueblos indígenas en nuestro país.

Esta lógica no resultó sólo pertinente sino también necesaria, en efecto, antes de enfocarnos en un tipo de recurso preciso, fue indispensable abarcar una visión global de las distintas normas que rigen la libre determinación y territorialidad indígena para concluir que:

- Los pueblos indígenas, como pueblos, tienen derecho a la libre determinación.
- La libre determinación de los pueblos indígenas implica la protección de una categoría especial: el territorio indígena.
- La protección del territorio indígena va mas allá de la protección civil de propiedad e implica el derecho de los pueblos indígenas sobre sus “tierras, territorios y recursos”
- El derecho de los pueblos indígenas a libre determinarse en sus territorios y implica el ejercicio de la soberanía sobre sus recursos naturales.

- Esta soberanía sobre sus recursos naturales se extiende tanto a los renovables como a los no renovables pese a cualquier norma o disposición que establezca la propiedad estatal sobre los mismos.

Estos son compromisos y obligaciones que el Estado ecuatoriano debe respetar en relación a los pueblos indígenas y sus recursos naturales, so pena de incumplimientos internacionales de compromisos adquiridos.

Este esquema de análisis nos permitió presentar y analizar en conjunto las distintas categorías jurídicas relativas a la libre determinación y los derechos territoriales de los pueblos indígenas, cumpliendo con nuestro objetivo final que consistía en defender que, desde una perspectiva jurídica, los derechos garantizados en los distintos instrumentos de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas adoptados por el Ecuador priman sobre la actividad extractiva en nuestro país. El interés de nuestro estudio radica, por consiguiente, en haber demostrado que jurídicamente la soberanía de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, hecho que para muchos es desconocido dada la precaria realidad de nuestro país en materia de Derechos Humanos. Esta realidad no refleja un vacío jurídico en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas sino una praxis de legislación ineficiente que necesariamente deberá ser repensada. Para Habermas, las interpretaciones de un régimen constitucional sólo proporcionan un modelo *normativo* de democracia, que todavía necesita ser confrontado con las estructuras y mecanismos de las sociedades en las que vivimos¹²⁶, en este contexto estaremos atentos al gran reto “touneriano” que se planteó en la introducción al presente estudio. ¿Seremos capaces de afrontar este cambio de paradigma de estructuras sistemáticas y sociales, hacia una cultura en la que prevalezcan las libertades del individuo y los pueblos excluidos?... Un Derecho, más humano, es necesario.

¹²⁶ Cfr. J. HABERMAS. *Human Rights and Popular Sovereignty*, Human Rights Law, Edited by Philip Alston, New York University Press, New York, 1996, p. 355

BIBLIOGRAFÍA

1. ALESSANDRI, ARTURO, ET AL. *Tratado de Derecho Civil, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998
2. ALSTON, PHILIP (Editor), *The International Library of Essays in Law & Legal Theory: Human Rights Law*, New York University Press, New York, 1996
3. BOSSUYT, MARC, *El concepto y la práctica de la acción afirmativa, informe final presentado por el Sr. Marc Bossuyt, Relator Especial, de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 12 de junio de 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21
4. COMITÉ ECUMÉNICO DE PROYECTOS, *El Oriente es un mito*, Abya-Yala, Quito, 2003
5. COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL Y RECURSOS GENÉTICOS, CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y FOLCLORE, *La Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore: Cuadro de Comentarios por Escrito sobre Los Objetivos Y Principios Revisados*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 3 a 12 de julio de 2007, WIPO/GRTKF/IC/11/4(b), Apéndice
6. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe sobre el seminario de expertos relativo a la soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales y su relación con sus tierras*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/3
7. DAES, ERICA-IRENE, *La Soberanía Permanente de los Pueblos Indígenas Sobre sus Recursos Naturales*. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, julio 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/30
8. DAES, ERICA-IRENE, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*”, documento de trabajo final presentado por la relatora especial, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2001/21, junio de 2001
9. DAES, ERICA-IRENE, *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs Erica-Irene Daes on the concept of "indigenous people"*, United Nations Economic and Social Council, junio 1996, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10. DE VITORIA, FRANCISCO, *Reelecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985
11. DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Defensoría del Pueblo del Perú, Lima-Perú, 2004
12. FONTAINE, GUILLAUME Y A. PUYANA (coordinadores), *La Guerra del Fuego*, FLACSO Ecuador y Ministerio de Cultura, Quito, 2008

13. FONTAINE, GUILLAUME, *El precio del petróleo*, FLACSO, IFEA y Ediciones Abya Yala, Quito, 2007
14. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999
15. LÓPEZ Y RIVAS, GILBERTO, *Las Autonomías en América Latina.- Nuevas Formas de Convivencia Política*, Plaza y Valdés Editores, México, 2005
16. MARTIN, CLAUDIA, et al., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Fontamara y Universidad Iberoamericana A.C., México D.F., 2004
17. PACHANO, FERNANDO, *Apuntes sobre la interpretación constitucional*, Revista Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año.III N°6, 2002
18. ROLDÁN, ROQUE, *Manual para la formación en derechos indígenas*, Abya Yala, Quito, 2005
19. SASSEN, SASKIA, *Una sociología de la globalización*, Editorial Katz, Buenos Aires, 2007
20. SURRALLÉS, ALEXANDRE Y PEDRO GARCÍA (EDITORES), *Tierra Adentro.- Territorio Indígena y Percepción del Entorno*, IGWIA, Copenhague-Dinamarca, 2004
21. TIBÁN, LOURDES, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas en el Ecuador aplicabilidad, alcances y limitaciones*, Indesic, Quito, 2001
22. TOURAINE, ALAIN, *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Buenos Aires, 2006
23. WRAY, NORMAN, *La Consulta como Derecho Político de los Pueblos Indígenas*, Revista Iuris Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año III, N° 6, 2002
24. ZALAQUETT, JOSÉ, “La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Anuario de Derechos Humanos 2008*, disponible en línea en www.anuariocdh.uchile.cl, consultado en 2009-02-05

JURISPRUDENCIA

1. Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Comunicación 155/96 (2001)
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Pueblo Indígena de Sarayaku. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia del 28 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia del 28 de marzo de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, Sentencia del 8 de febrero de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas
8. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas
9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (SUMO) Awas Tigni Vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006
11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
12. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas
13. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC 18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18
14. Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo al Sahara Occidental*, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975. párr. 70
15. Corte Internacional de Justicia, Western Sahara, Advisory Opinion, 1.C.J. Reports 1975
16. Corte Permanente de Justicia Internacional, Legal Status of Eastern Greenland, Denmark v. Norway, P.C.I.J. (ser A/B)N°53
17. *Kiliç v. Turkey* (2000) III, EurCourt HR, 63, *Öneriyıldız v. Turkey*, application no. 48939/99, EurCourt HR [gc], Judgment 30 November 2004
18. *Mabo v Queensland (No 2)* (1992) 175 CLR 1, 41-4
19. Richtersveld Community and others v Alexkor Ltd. and another (488/2001) [2003] ZASCA 14 (24 March 2003)
20. Worcester v. State of Georgia, 31 U.S. 515 (1832)