

**SESIÓN ESPECIAL DEL GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO
DE ELABORAR EL PROYECTO DE DECLARACIÓN AMERICANA
SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

**OEA/Ser.K/XVI
GT/DADIN/doc.138/03
5 mayo 2003
Original: español**

**Salón de las Américas
24 al 28 de febrero de 2003
Washington, D.C.**

**INFORME DEL RELATOR DE LA SESIÓN ESPECIAL
Dr. OSVALDO KREIMER**

INFORME DEL RELATOR DE LA SESIÓN ESPECIAL

Dr. OSVALDO KREIMER

Introducción:

El Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, realizó una Sesión Especial de cuatro días entre el 24 y 27 de Febrero de 2003, con amplia participación de representantes de los pueblos indígenas^{1/} con el objetivo de completar la lectura y análisis de todo el articulado y preámbulo de la propuesta de Declaración. Esta tarea que se había comenzado en 1998, y llevado adelante en tres sesiones especiales en 2000, 2001 y 2002^{2/}. Si bien se utilizó como documento de base la propuesta aprobada por la CIDH en 1997, para facilitar el análisis se tomó en cuenta también un texto revisado informal no negociado que la Presidencia había publicado en Julio del 2002. Dos de los temas centrales de esta Sesión Especial fueron previamente objeto de sesiones técnicas con expertos especiales y representación indígena, el de “Tierras, territorios y recursos naturales” en Noviembre 7 y 8 del 2002, y una sobre “Propiedad Intelectual” en diciembre de 2002.

Cabe resaltar que la Sesión Especial del Grupo de Trabajo en la OEA se ha convertido en el punto de encuentro no sólo para dirigentes indígenas de las Américas, expertos y representantes de Estados, sino también para las instituciones que desde Washington y otros centros, se interesan en sus actividades y reclamos. Así los dirigentes indígenas convocados en Washington por el Grupo de Trabajo tuvieron la oportunidad de participar además en:

- la reunión previa del Caucus Indígena organizada por ocho organizaciones indígenas de Canadá y USA, patrocinada por CIDA (Canadá);
- reuniones con equipos técnicos del Banco Mundial, relativa a la revisión de su política respecto a pueblos indígenas;
- una audiencia especial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, presentando un informe sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en el hemisferio;
- un seminario académico en la Washington College of Law, American University sobre temas de Derecho Internacional ligados a los derechos indígenas;
- una reunión en el Banco Interamericano de Desarrollo para la presentación de su Base de Legislación Indígena de las Américas.

1. El Fondo Específico para Facilitar la participación de representantes indígenas en el Grupo de Trabajo, creado en 2002, gracias a los aportes de varios países permitió financiar la presencia de 54 líderes elegidos por una Junta de Selección con mayoría indígena, mayoría cuyos miembros fueron a su vez seleccionados por los representantes indígenas de Sur, Norte, y Centroamérica-Caribe. Alrededor de otros cincuenta líderes indígenas participaron en base a fondos propios o de otras organizaciones.

2. Los documentos de estas sesiones pueden consultarse en el sitio www.oas.org bajo el tema “pueblos indígenas”.

Otra muestra del interés en esta Sesión Especial la constituyó la importancia cuantitativa y cualitativa de la representación indígena es la riqueza de las propuestas concretas de modificación del articulado presentadas por los Estados y por organizaciones indígenas que aparecen en el documento compilado (GT/DADIN/doc.122/03).

Destacase también como indicador de la importancia que este trabajo ha obtenido el Acuerdo Oficial logrado entre el Gobierno del Ecuador con la participación de su Presidente, la Cancillería y varios ministerios, y las organizaciones indígenas ecuatorianas, comprometiéndose mutuamente a apoyar el avance de la futura Declaración Americana, de acuerdo a los parámetros y principios siguientes:

- que la Carta Andina de Protección de los DDHH, la declaración de Machu Pichu y los trabajos de NNUU sean el marco de base de la futura Declaración Americana;
- que en la misma se reconozca el concepto de autodeterminación, y que el instrumento ofrezca pautas para su ejercicio, pautas que una vez adoptadas en la OEA, sirvan como base para las negociaciones para la futura Declaración en las NNUU;
- que se reconozca la plena capacidad de los pueblos indígenas de ejercer su destino y proteger su interés colectivo, reconociendo que la existencia de nacionalidades y el ejercicio de sus derechos colectivos, lo cual en la experiencia ecuatoriana no solo no ha fraccionado al país sino que ha consolidado sus instituciones democráticas y su gobernabilidad;
- El acuerdo incluye el compromiso de acelerar la discusión para completar la tarea el año próximo.

Es importante señalar que el Gobierno de Colombia ha indicado, igualmente, en forma oficial que es objetivo de política estatal llegar prontamente a una Declaración Americana.

La importancia de este encuentro hemisférico entre representantes estatales e indígenas fue remarcada por las visitas y presentaciones realizadas en el mismo por el Sr. Presidente de Nicaragua, Enrique Bolaños, la Primera Dama del Perú, Eliane Karp de Toledo, y el Secretario de Estado de Derechos Humanos del Brasil, Lic. Nilmarío Miranda, así como las presentaciones del Secretario General y Secretario General Adjunto de la OEA, César Gaviria y Luigi Einaudi.

El presente documento tiende a sintetizar elementos centrales de las discusiones y análisis, así como aspectos que van obteniendo consenso general así como áreas que ofrecen dificultad y las propuestas efectuadas para resolverlas.

Sesión Inaugural

En la sesión inaugural después de las palabras de apertura por el Presidente^{3/}, el Secretario General de la OEA indicó que a su juicio “existen las condiciones y el ambiente cooperativo para completar esa primera etapa y entrar ya en la fase de negociación propiamente dicha, lo que nos conduciría a una versión final que podría ser presentada para aprobación en la Asamblea del año entrante(2004)” recordando el apoyo que a este proceso y a los derechos de los pueblos indígenas

3. Ver informe del Presidente, documento GT/DADIN/doc.137/03.

han brindado las sucesivas Cumbres de Presidentes y Jefes de Estado, y la Carta Democrática Interamericana. Recordó que "... ya ...se superaron muchos puntos polémicos dentro del texto de la declaración, como la aceptación por parte de los miembros del grupo de trabajo de usar el término "pueblos", o el de hablar de la autonomía y autogobierno interno. Aunque no se ha concretado en acuerdos específicos sobre un texto, se ha modificado también la actitud de numerosas delegaciones de países respecto a aceptar el concepto de libre determinación interna. Temas esenciales como derechos humanos individuales y colectivos, derecho a la cultura, derechos organizativos y políticos, libre determinación, derecho consuetudinario, han sido examinados en el marco de la discusión del proyecto de la declaración".

El Grupo de Trabajo escuchó a la Directora de la Comisión Nacional de Pueblos indígenas (CONAPA) y Primera Dama del Perú, Eliane Kart de Toledo - que señaló la importancia de este proceso para defender y profundizar la democracia, y recordó la importancia de ese capital cultural, como ventaja comparativa de los Estados Miembros para insertarse en el proceso de globalización. Enfatizó que la modernidad se establece en el respeto a la pluralidad y a la multiculturalidad de las naciones, y anunció el acuerdo Peruano-Ecuatoriano para crear una Escuela de Gobernabilidad, Políticas y Liderazgo para los pueblos indígenas.

A continuación en un diálogo informal las intervenciones pusieron énfasis central en que:

- se está logrando en los países y en este foro la necesaria armonización del nuevo derecho con la soberanía de los Estados;
- que los pueblos indígenas quieren gozar de todos los derechos que el derecho internacional otorga a otros pueblos, y esperan ser respetados y garantizados, así como obtener garantías especiales para preservar sus culturas;
- la legitimidad de este ejercicio de preparación de este instrumento interamericano, que si bien de carácter aspiracional, servirá para suplir un vacío en las normas internacionales e interamericanas y será utilizado por los Congresos e instituciones judiciales para desarrollar legislación y garantías adicionales;
- que su pronta adopción lograda de manera consensuada, constituirá un aporte fundamental a la dignidad de los pueblos indígenas y a los esfuerzos nacionales e internacionales en ese sentido, mejorando la acción de instituciones existentes y favoreciendo mecanismos de distensión política;
- que el concepto de autodeterminación es de naturaleza relacional no confrontacional, y que por su importancia atraviesa y da sentido a toda la declaración;
- tal que se han logrado avances significativos en cuanto a los derechos territoriales indígenas en varios países de Latinoamérica, como lo subrayaron varias delegaciones estatales e indígenas;
- que esta Declaración debía adoptar principios firmes que guíen a los Estados en lograr mejores relaciones con los pueblos indígenas, respecto a sus derechos y garantías. Y que para ello su formulación debía ser clara y técnicamente correcta.

Los representantes indígenas indicaron repetidamente que sus derechos son inalienables, interdependientes, interrelacionados e indivisible como tales, y que la libre determinación es central para ellos y no puede ser separado de los mismos. Igualmente, que el goce de los derechos socio-económicos y culturales es esencial para la realización y goce de los derechos políticos y civiles.

Subrayaron también que los pueblos indígenas no desean paternalismos sino que buscan alianzas estratégicas con los Estados, de manera de poder actuar con mayor eficacia en un mundo globalizado.

Igualmente indicaron la necesidad que la futura Declaración Americana ofrezca un estándar mínimo, para garantizar la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas, basándose y superando los instrumentos existentes y profundizando los principios aceptados en el derecho internacional.

Con respecto a este proceso, llamaron la atención sobre la necesidad de transparencia del mismo, lo que incluye oportuna información sobre la posición que mantienen los Estados en las negociaciones. Al respecto indicaron que sin participación informada de los pueblos indígenas en las reuniones decisivas, la aceptabilidad sería perjudicada.

ANÁLISIS DE LA SECCIÓN QUINTA

DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS, Y DE PROPIEDAD

Artículo XVIII. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural. Derecho a tierras y territorios

La historia de privaciones y apropiaciones de tierras, territorios y recursos de posesión y uso ancestral por los pueblos indígenas fue recordada y denunciada con numerosos ejemplos por parte de las delegaciones. Se hicieron numerosos reclamos sobre las dificultades actuales respecto a obtener dicho reconocimiento, a evitar intrusiones y expropiaciones; las debilidades de los procesos de restitución y compensación; y la necesidad de garantizar esos derechos a través de demarcaciones, titulaciones y garantías especiales de derecho y de hecho por parte de los Estados.

Distintas delegaciones indígenas y estatales remarcaron también la conexión social y espiritual entre los pueblos indígenas y las tierras y territorios en que viven, que excede el concepto económico restringido que le otorga el concepto de bien inmueble del derecho común. Este carácter especial surge que esas áreas territoriales y recursos son la base ambiental para el ejercicio de libre determinación que le da su carácter de pueblo.

En consecuencia y tal como se trató ampliamente en la reunión técnica al respecto^{4/} -se planteó como definición de tierra indígena aquellas habitadas permanentemente, utilizadas para sus actividades productivas, imprescindibles para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar, y necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones; y para el ejercicio de sus instituciones y autogobierno.

4. Ver "Reunión sobre la Sección V de la Propuesta de Declaración con énfasis en el Artículo XVIII" Informe del Relator. GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1.

Varias delegaciones estatales e indígenas propusieron modificaciones a la propuesta original del artículo, tal como se describe a continuación.

Un conjunto de delegaciones indígenas propuso un nuevo articulado^{5/}, que si bien se basan en general en los mismos principios del original de la CIDH amplían y especifican su alcance. Su propuesta que subsume en gran parte la de otras delegaciones indígenas recomienda fundamentalmente:

- agregar en el título el término “recursos”;
- agregar en el primer inciso que se reconocen sus instituciones destinadas al desarrollo, manejo y conservación de recursos, y a medidas efectivas para prevenir intrusiones en las mismas;
- declarar que los Estados en conjunto de los pueblos indígenas darán prioridad a medidas para demarcar las áreas indígenas de propiedad y uso;
- declarar que los pueblos indígenas tiene el derechos al medioambiente total de tierras, aire, aguas, costas y hielos marítimos, flora, fauna y otros recursos sobre los que han tenido ancestralmente dominio, ocupación y/o uso;
- que no se puede privarles del *habitat* adecuado para asegurar a las generaciones presentes y futuras su integridad y bienestar como pueblo distintivo; ni sus medios de subsistencia colectiva cuyas dimensiones son económicas, sociales, culturales, espirituales y políticas;
- que el reconocimiento de dichos títulos y derechos deben ser permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e irrevocable; aunque con el consentimiento informado y libre de ellos, y en base a decisiones adoptadas según sus usos y tradiciones, puede ser compartido con el Estado o terceros;
- quitar completamente el inciso 5 que se refiere a los casos en que los recursos minerales o del subsuelo pertenezcan al Estado. (Otro grupo de delegaciones planteó una alternativa a la supresión del inciso 5, sugiriendo que el Estado deberá obtener el consentimiento libre, previo, genuino, público e informado y fundamentado, y obtenido según sus usos y costumbres, antes de que se inicie cualquier proyecto respecto a esos recursos; y que corresponderá igualmente a los pueblos indígenas la participación en los beneficios y de ser posible la cogestión, la indemnización por daños sobrevivientes, y medidas de mitigación y compensación por impactos socio ambientales);
- Con respecto a la posibilidad de relocación (inciso 6) requiere en todos los casos el consentimiento libre e informado, con garantías y procesos especiales. Quita la posibilidad de relocación sin consentimiento, aún cuando circunstancias excepcionales de interés público

5. Ver texto en GT/DADIN/doc.122 rev. 1, de varias delegaciones norteamericanas pág. 5 y de las delegaciones indígenas de Brasil, pág. 14.

lo hagan necesario. (Otra delegación indígena propuso la posibilidad excepcional de relocalización sin consentimiento solo en caso de catástrofe, emergencias o epidemia grave)^{6/}.

- En el caso del inciso 7 sobre la posibilidad de reemplazar la restitución por tierras, territorios o recursos cuando no sea posible por compensación, no es aceptado. En cambio sostiene que debe ser en tierras, territorios o recursos similares; y que solo podrá ser compensación financiera con el acuerdo libre e informado del pueblo interesado.
- Respecto a las medidas del Estado para evitar intrusiones en *habitat* indígena, señala que deberán hacerse a solicitud del pueblo interesado.

Representantes indígenas propusieron además que:

- en vez de hablarse de “un marco jurídico adecuado para garantizar los derechos” se incluya el concepto de “recursos jurídicos efectivos y un proceso de reclamación para resolver las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios, y recursos naturales”;
- se remarque la necesidad de atención prioritaria e igualitaria tanto a los derechos económicos, sociales, culturales y espirituales como a los civiles y políticos, dado el carácter indivisible, interrelacionado e interdependiente de los derechos humanos;
- se incluya la obligación del Estado de impedir y sancionar intrusiones no solo de terceros, sino también por agencias o agentes del Estado;
- que se aclare que el marco legal de garantía de estos derechos incluye todas las medidas necesarias judiciales, legislativas, administrativas y de otro carácter;
- la necesidad de procedimientos de participación libre e informada por los pueblos interesados en la determinación de si sus intereses y derechos serian perjudicados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección, planeamiento, explotación enajenación de los recursos existentes en sus territorios;
- que el subparrafo 3.iii referido a los derechos internos de los miembros de una comunidad respecto a la posesión y uso de areas parciales, la siguiente redacción: “Nada en 3.1 debe interpretarse en el sentido de limitar el derecho de los pueblos indígenas a determinar los derechos de propiedad y uso dentro de la comunidad...”

Una delegación indígena planteó la incompatibilidad de la transferencia de dominio con la naturaleza de las tierras constitucionalmente intransferibles dentro del derecho civil, aún en el caso que sea consentida libremente por los pueblos indígenas, l.

Varias delegaciones indígenas sudamericanas llamaron la atención sobre la situación y derechos de los pueblos no contactados o llamados mas apropiadamente “voluntariamente aislados”

6. Al respecto se reiteró que la Corte Suprema de Canadá consideró que el Standard de “interés público” es tan vago que no provee guía significativa para justificar una limitación de un derecho constitucional. (R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1113.)

proponiendo que se incluya el siguiente inciso: “Los Estados no forzaran el contacto con los pueblos aislados y adoptaran medidas jurídicas para proteger sus territorios, medioambiente y culturas”^{7/}.

Los recursos hídricos, sean en cuanto a vías de aguas, zonas costeras, zonas de hielo permanente, y acuíferos existentes en áreas indígenas fueron considerados por las delegaciones indígenas, de vital importancia para la supervivencia y reproducción de sus pueblos, así como para la sostenibilidad ecológica.

Con respecto a la reubicación de poblaciones, varias delegaciones indígenas apoyaron en líneas generales los requisitos indicados en la propuesta de la CIDH pero indicando que el estándar debe elevarse. Varias delegaciones estatales coincidieron que no es suficiente el mero interés público definido por el Estado recordando que la Corte Constitucional de Colombia lo rechazó como tal, ya que el estándar de “interés público” dada su vaguedad y amplitud es un test inoperable para sustentar limitaciones de derechos constitucionales.

Se coincidió también por las delegaciones que el interés de los pueblos indígenas debe ser considerado parte integrante del lo que se considera “interés público”.

Varias delegaciones indígenas dijeron que teniendo en cuenta la decisión de las Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Awas Tingni*, debe haber mayor claridad en señalar la obligación de los Estados en reconocer, demarcar y titular las áreas indígenas. Se insistió por los representantes indígenas que era importante que los pueblos indígenas tengan derecho a procedimientos de consulta y judiciales que permitan obtener y ejercitar plenamente sus intereses sobre tierras y territorios; así como que los Estados otorguen una consideración significativa a dichos intereses, y que cuando se llegue a una decisión sobre esas tierras y territorios se adopten las medidas de aplicación e implementación necesarias de manera inmediata y firme.

Habitantes indígenas de islas del archipiélago de San Andrés (Colombia) llamaron la atención sobre que la falta de demarcación facilita la invasión por terceros de las áreas indígenas, y posterga el establecimiento y aplicación de políticas que eviten esas inmigraciones.

Algunas delegaciones estatales cuestionaron el carácter absoluto que pretende dar a los derechos territoriales indígenas, indicando que los mismos, como todos los derechos tienen sus limitaciones sea por la necesidad de compatibilizarlos con los preceptos constitucionales, como con los del derecho internacional.

Varios Estados indicaron también al respecto la importancia de que la Declaración tome en cuenta distintas circunstancias nacionales y de régimen jurídicos diferentes, en particular las diferencias que surgen de los principios del sistema de “common law” frente a los del derecho civil.

7. Al respecto se indicó la inadecuación de lo previsto en el Artículo XVIII párrafo 5 y párrafo 6, respecto a las obligaciones de los Estados de consultar a los Pueblos Indígenas y obtener su consentimiento respecto a actividades que realice el gobierno en los territorios indígenas: “Mientras las consultas, la participación de los Pueblos Indígenas y el consentimiento libre, genuino, público e informado son importantes para nuestros pueblos, los Pueblos Indígenas que han decidido vivir aislados voluntariamente de acuerdo a su tradición y forma de vida milenaria no les interesa ser contactados ni consultados”.

Varias delegaciones indicaron que las conclusiones de la reunión técnica sobre este artículo efectuada por el Grupo de Trabajo el pasado Noviembre de 2002^{8/} reflejadas en el informe del Relator, forman una buena base para la revisión de este artículo.

A lo largo de la discusión se utilizaron ampliamente sin llegar a un acuerdo explícito los términos “tierras y territorios”. Si bien hubo consenso sobre que dichos términos se refieren en general a todas las áreas que un pueblo indígena posee y utiliza ancestralmente, existen distintos matices y acepciones que varias delegaciones señalaron y que deberán precisarse en relación al texto definitivo. Al respecto el Relator recuerda la discusión y elementos aportados para aclarar dicha definición en la reunión técnica del Grupo de Trabajo de Noviembre de 2002.

En síntesis, el Relator considera que existe consenso sobre los principios generales del artículo y sobre el sentido general de la mayoría de los puntos específicos. Al mismo tiempo debe señalar que existen dificultades en llegar a un acuerdo sobre la necesidad de consentimiento pleno de los pueblos indígenas para proyectos, planes y acciones del Estado o terceros que afecten los intereses indígenas, en particular para lo relacionado con la explotación de recursos minerales y no renovables del subsuelo.

Existe un acuerdo general respecto a las reubicaciones de comunidades indígenas sobre la necesidad de consulta previa, y las formas de compensación adecuadas tanto en reemplazo del *habitat* que deben abandonar, como en término de compensaciones, y derecho al retorno. Sin embargo existe dificultad en llegar a un acuerdo respecto a la posibilidad de reasentamiento o reubicación de comunidades indígenas sin su consentimiento pleno, y cual debería ser el criterio de excepcionalidad necesario que permitirían dicho reasentamiento no consentido.

Artículo XIX Derechos Laborales

En general se aceptó el texto de la propuesta con algunos cambios:

- mejorar el texto para incluir explícitamente lo referido a niños y niñas indígenas;
- reemplazar “legislación internacional laboral” por “instrumentos internacionales laborales”;
- aclarar que estos derechos deben garantizarse tanto en el mercado formal como en el mercado informal de trabajo, que es donde prestan sus servicios una gran proporción de los trabajadores indígenas.
- Se propuso también tanto por delegaciones estatales e indígenas la conveniencia de reconocer la posibilidad de que se convengan bilateralmente códigos de ética, y convenios colectivos de trabajo entre el pueblo interesado como colectivo y las empresas contratistas, con participación del Estado. Se propuso también que dichos convenios incluyan aspectos relativos a la capacitación de los miembros.
- Al respecto se recordó que estos derechos son tanto de carácter colectivo (es decir referido al pueblo o comunidad como tales en su goce, ejercicio y capacidad de reclamación) como individuales, respecto a los miembros de los pueblos indígenas.

8. Ver Informe del Relator sobre esta reunión en GT/DADIN/doc.113/03 rev. 1 del 20 de febrero de 2003.

- También se propuso por las delegaciones indígenas, con el apoyo de varias delegaciones estatales que las medidas especiales para la defensa de los derechos laborales indígenas sean adoptadas en consulta y con la participación directa de los pueblos indígenas afectados.
- Una delegación estatal propuso texto relativo a los derechos de los trabajadores migratorios según lo que resuelva la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva que está por emitir. Indicó que muchos indígenas migran, a veces en forma grupal, y quedan desprotegidos por la distancia entre su cultura y la propia del territorio donde se establecen.
- Una delegación estatal propuso textos que evitarían el problema que existe en su país donde dada la autonomía de los pueblos indígenas, el Estado en cuestión no podría interferir en las prácticas laborales de las tribus como empleadores, ya que atentaría contra ese aspecto de la soberanía indígena.
- Se planteó la necesidad de garantías especiales para que el profesional indígena tenga por lo menos las mismas garantías que profesionales no-indígenas para ser contratado en tareas relativas a comunidades indígenas; y que se tomen medidas especiales para que exista para las personas indígenas igualdad real de oportunidades de acceder a la formación profesional, haciendo que dicha formación tenga perfil adecuado para ser ejercida en comunidad y de acuerdo a la cultura indígena respectiva.

Artículo XX. Propiedad intelectual

Frente a este complejo tema que fuera objeto en Diciembre de 2002, de una sesión técnica del Grupo de Trabajo⁹ las delegaciones en general discutieron sobre la naturaleza, alcance y sentido de derecho intelectual colectivo, y en particular sobre lo que se da en llamar “conocimiento colectivo ancestral” o “conocimiento ancestral acumulado”.

Estuvieron en general de acuerdo en la necesidad de:

- diferenciar la concepción del conocimiento colectivo y su manejo, del concepto mercantilista del mismo que sustenta el régimen actual de propiedad intelectual. En cambio de ello se propuso desarrollar regimenes que garantice su promoción, diversidad, desarrollo y perdurabilidad, para disfrute colectivo y beneficio de generaciones futuras.
- Con ese objeto se propuso tomar en cuenta lo que se está trabajando en otras instituciones, en particular en la OMPI donde un Comité Intergubernamental especializado en recursos genéticos, tradicionales y folklore esta reuniéndose activamente para definir jurídicamente “conocimiento ancestral” o tradicional. y discutir formas de protegerlo. Se propuso también tomar en cuenta la Declaración de UNESCO sobre Diversidad Cultural (2002).

9. En dicha sesión los Profesores Peter Jaszi y Christine Fairley, de la Washington Collage of Law, American University, especializados en el tema, analizaron las ventajas e inconvenientes de los regimenes generales de propiedad intelectual aplicados al conocimiento colectivo ancestral. En general propusieron que era conveniente desarrollar sistemas “sui generis” para su protección, y para garantizar su aprovechamiento colectivo, así como para evitar apropiaciones indebidas.

- Delegaciones indígenas y estatales propusieron incluir en el inciso 1. la protección la que surge “de instrumentos internacionales”.
- Para el inciso XX. 2 delegaciones indígenas propusieron que se incluya que “la utilización de elementos del patrimonio cultural indígena requiere su consentimiento libre e informado, y participación en los beneficios”.
- Se insistió que el régimen de reconocimiento del derecho colectivo no debe afectar la capacidad de los miembros para el reconocimiento de sus creaciones particulares, tal como existe en legislaciones nacionales.
- Se propuso también que se establezcan sistemas de certificación de origen de productos indígenas, basadas en el reconocimiento de la propiedad colectiva.
- Se propuso igualmente incluir en el inc. XX. 1 “las tradiciones orales, y los productos de artes visuales y dramáticas”.

Al efecto algunos Estados señalaron que ya han tomado medidas especiales dentro del régimen general y contemplando el acuerdo T.R.I.P. , para proteger la propiedad indígena, como en los EEUU registros de símbolos y nombres indígenas para evitar su utilización o registro ilegal, o la creación de Juntas de Artes indígenas para garantizar la autenticidad de la producción indígena, y denunciar falsificaciones; o en el caso de Perú estableciendo un sistema jerarquizado en tres niveles, uno nacional, otro regional y otro directamente bajo el control de la comunidad y con características de reservado.

Se llamó la atención sobre que los sistemas de registro y garantías deben estar organizados para evitar que sirvan en la practica para facilitar el acceso de terceros a ese conocimiento y su apropiación. Para ello se solicito incluir que los pueblos indígenas participen en la determinación de esas garantías.

Varios Estados propusieron separar los relativo al patrimonio cultural (que aparece en el inc. XX 1) que ya esta contemplado en el Artículo VII Derecho a la Integridad Cultura y localizarse en este artículo XXI estrictamente en el tema de propiedad intelectual.

Frente a los avances internacionales respecto al derecho colectivo (i.e. el Art. 8.j del Convenio de Diversidad Biológica), se discutió si convenía o no mantener este artículo como estaba planteado en la propuesta de la CIDH que se refiere fundamentalmente al sistema tradicional de propiedad intelectual. En ese sentido respecto a considerar apropiados solamente aquellos regimenes *sui generis* de protección, se llamó la atención que muchos de los actos de apropiación y piratería respecto a elementos del patrimonio cultural indígena se dan utilizando los mecanismos del derecho comercial común , y que las protecciones y garantías deben darse en ambos ámbitos jurídicos.

Artículo XXI. Derecho al desarrollo

Algunos Estados expresaron su apoyo a la propuesta de la Presidencia.

Frente a algunas dudas expresadas por algunos Estados sobre el reconocimiento explícito en el derecho internacional de dicho derecho, los representantes indígenas sostuvieron que el mismo

estaba ya claramente establecido, en particular en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (NNUU 1986), la Declaración de NNUU del Milenio (espec. pfo 24), en la Declaración de Río (Principio 3) y en la Carta Democrática de la OEA (Artículo 13); así como en la existencia de un Relator Especial en NNUU., sobre este Derecho. En base a ello propusieron una redacción alternativa al Artículo XXI.

La discusión sobre los valores de los distintos modelos de desarrollo fue muy amplia e intensa, y las propuestas de los representantes indígenas siguen en general la línea de las propuestas de la CIDH, aunque enfatizando explícitamente el derecho al desarrollo y sus expresiones concretas, varias de las cuales (educación, salud, lenguaje) ya están previstas en artículos anteriores.

Un conjunto de delegaciones indígenas solicitó se incluya el consentimiento previo como requisito para todo proyecto que afecte directamente sus intereses o los recursos de su *habitat*.

Solicitaron que el artículo se titulara “Desarrollo propio con identidad”. Un Estado en cambio propuso como título de este artículo “Oportunidades de desarrollo”.

Por su parte, representantes de Estados indicaron que aunque se acepta el Derecho al Desarrollo como un derecho humano individual y colectivo, el alcance del mismo es aún discutido en el Grupo de Trabajo respectivo de Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos.

Indicaron varios Estados que aceptan el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas de forma autónoma en cuanto a objetivos y estrategias, y como ejercicio del derecho a la libre determinación en sus tierras y territorios.

También un Estado señaló que en muchos casos el estilo occidental de desarrollo ha tenido efectivamente impactos negativos sobre los recursos, la vida y organización social indígena, insistiendo que debe buscarse la solución de los conflictos en prioridades y objetivos, con amplitud de visión y con tolerancia para lograr formas de desarrollo sostenible que sean mutuamente aceptables para las áreas indígenas.

Una diferencia importante en el planteo en el Art. XXI. 2. respecto a la participación indígena en las decisiones referidas a cualquier plan, programa o proyecto que los afecte^{10/} es si adoptar a) la posición propuesta por la CIDH que establece la necesidad de consentimiento previo, libre e informado, y luego establece un estándar de excepción al consentimiento cuando hay circunstancias excepcionales de interés público; o b) tal como propone la Presidencia y algunas delegaciones “que esas decisiones sean hechas en consultas de buena fe y con la finalidad de llegar a acuerdo o lograr consentimiento “(redacción siguiendo la línea de O.I.T. 169).

Delegaciones indígenas propusieron una redacción completa basada en el derecho al consentimiento sin excepciones. Otras delegaciones indígenas aceptan que existan excepciones al derecho al consentimiento, pero adicionan la necesidad de previos estudios que evalúen la incidencia social, espiritual, cultural, ambiental y económica y la adopción de medidas adecuadas y recursos justos y efectivos para su prevención, mitigación, compensación o reparación que correspondan.

10. Una delegación indígena propuso que se reemplace por “programas que pudieran afectar sus vidas o sus culturas”.

Se propuso también que, en vez de incluir en distintos artículos de la futura Declaración la necesidad de “consulta seria, libre e informada...”, se incluya un artículo general al respecto, tal como lo hace el Convenio 169 de la O.I.T.

Hubo consenso general en la inclusión de un inciso respecto a que los Estados deben proveer sin discriminación los medios adecuados para el desarrollo propio de los pueblos indígenas, así como con el concepto de participación eficaz de los pueblos indígenas en las decisiones sobre desarrollo.

En síntesis respecto a este artículo, a nuestro juicio si bien ha habido argumentaciones filosóficas e históricas muy intensas, los temas a determinar respecto al texto definitivo más allá de ajustes relativamente importantes pero menores, son principalmente:

- a) La definición del alcance del Derecho al Desarrollo, y el título correspondiente del artículo.
- b) el estándar mínimo necesario para justificar excepciones al consentimiento previo frente a acciones que afecten a los pueblos indígenas.

Sección Sexta: Provisiones generales:

Hubo diferencias entre los Estados respecto a la necesidad de incluir estas provisiones generales. Mientras varios Estados las apoyaron en general, otros plantearon sus dudas respecto a la necesidad de incluirlos en una Declaración, ya que se refieren a temas como las fronteras, la soberanía, y otros ya plenamente cubiertos en otros instrumentos. Estos Estados plantearon que como Declaración lo importante es el objetivo principal de inspirar a los países a garantizar e implementar el marco necesario para la identidad y desenvolvimiento libre de los pueblos indígenas.

Artículo XXII. Tratados, acuerdos y arreglos constructivos

En relación al Artículo XXII, varios representantes indígenas señalaron su importancia, ya que en muchos casos se desconoce o no respeta tratados históricos, sosteniendo que muchos conflictos actuales podrían resolverse si se los respetara. Expresaron su interés para que la redacción incluya varios nuevos elementos:

- buena fe en su cumplimiento e interpretación;
- que en su aplicación se debe favorecer judicialmente la interpretación tradicional indígena;
- que esos tratados pertenecen al ámbito internacional y deben estar bajo la protección correspondientemente de tribunales supra estatales imparciales;
- la obligación de los Estados de proveer remedios efectivos contra violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas; y
- la posibilidad de establecer nuevos tratados en el futuro entre Estados y pueblos indígenas para implementar efectivamente los derechos reconocidos en esta Declaración.

Algunos Estados presentaron su preocupación respecto a mención sobre que los tratados deben ser interpretados de acuerdo con su “espíritu e intención”, ya que consideran que son las cortes las que deben decidir el criterio adecuado de interpretarlos.

Un Estado propuso que en vez de efectuar un reconocimiento de los Tratados históricos, los Estados se comprometían a implementar las obligaciones respectivas que surgen de ellos.

Al respecto varios Estados consideraron que la propuesta de la Presidencia mejora la original, aceptando el principio de la buena fe, que si bien los tribunales domésticos tienen jurisdicción primaria, complementariamente tendrían jurisdicción los cuerpos internacionales respectivos; aunque algunos plantearon dificultades con “reconocer los tratados” y propusieron texto sobre la implementación de las obligaciones que surjan de ellos.

Artículo XXIII.

Con respecto al Artículo XXIII que indica que esta Declaración no menoscaba derechos existentes o futuros, hubo acuerdo general.

Artículo XXIV.

Respecto al Artículo XXIV referido al respeto a las fronteras de los Estados algunas delegaciones indígenas lo objetaron, indicando que establecería un régimen nuevo de fronteras que atentaría contra la libre determinación y la posibilidad de relaciones transfronterizas de pueblos indígenas. Delegaciones estatales propusieron en cambio que se mantenga y que incluya referencia a las fronteras internas (“provinciales”, estatales, o departamentales).

Se propuso intercambiar el orden, anteponiendo el Artículo XXIV al XXIII.

Artículo XXVI.

Con respecto al Artículo XXVI (siempre de la propuesta de la CIDH) varias delegaciones estatales y algunas indígenas expresaron su acuerdo. Otras delegaciones indígenas señalaron que imponía un régimen sobre integridad territorial de los Estados discriminatorio para los pueblos indígenas y a su derecho a la autodeterminación, y propusieron en cambio que este artículo se refiera en general a los principios de la Carta de Naciones Unidas.

Artículo XXVII.

Con respecto al Artículo XXVII de la CIDH sobre implementación de la Declaración, varios estados señalaron dificultades en que se señalen mecanismos de seguimiento a la Declaración y proponen que se diga en cambio que los Estados asumen responsabilidad de dar aplicación efectivamente la Declaración y desarrollar políticas y acciones al respecto. Algunos Estados indicaron que la propuesta de la CIDH se adecua más a un tratado que a una Declaración.

Artículos nuevos propuestos por el texto de la Presidencia.

Respecto al nuevo Artículo XXVII de la Presidencia, sobre respeto a los principios constitucionales de los Estados respectivos hubo posiciones controvertidas. Varias delegaciones

estatales e indígenas propusieron eliminarlo, mientras que otras delegaciones estatales expresaron su acuerdo con el mismo en principio, aunque aceptaron que requiere mejorar el texto.

Respecto al nuevo Artículo XXVIII de la Presidencia sobre la flexibilidad en las formas de dar cumplimiento a la Declaración en consideración a las condiciones particulares de cada país, hubo posiciones encontradas. Varias delegaciones indígenas señalaron su oposición al mismo pues debilitaría los preceptos de la Declaración. Varios Estados enfatizaron en cambio la necesidad de reconocer en la Declaración la multiplicidad de realidades nacionales y de realidades indígenas entre los países, y aun dentro de los mismos países.

Hubo consenso general en que se incluya también un nuevo artículo que reconozca la importancia de evitar discriminación basada en razones de género.

Sección II. Derechos Humanos^{11/}.

Varios países indicaron que consideraban los textos propuestos por la Presidencia de manera favorable, solicitando varios de ellos se incluya mención al Convenio 169 de la OIT, y también otros agregaron su aceptación a que se incluya el concepto de autodeterminación en base a propuestas específicas que clarifiquen su alcance e interpretación.

Varios Estados indicaron sin embargo sus dificultades con acepciones del término “libre determinación” que surgen de su relación con el proceso de descolonización. Otros Estados no ven dificultad en aceptarlo, ya que consideran que la interpretación prevaleciente en el Derecho Internacional es que su ejercicio se da al interior de los Estados existentes, excepto en los casos de los mismos no se organicen para el respeto a los derechos humanos y al ejercicio de esa libre determinación.

En general los representantes indígenas enfatizaron que estos artículos deben dar ser la clave de toda la Declaración y dar preeminencia y reconocer firmemente los derechos humanos colectivos en sus distintas expresiones y que surgen del derecho a la libre determinación, la que debe ser reconocida sin limitaciones tal como está en el Artículo 1 común de los Pactos Universales de Derechos Humanos.

Con respecto a los derechos colectivos, una delegación estatal propuso que se haga referencia al Convenio 169 de la OIT para darles mayor sustento jurídico en el plano internacional. En el mismo sentido, otro Estado propuso como título “Derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas”.

Hubo acuerdo entre algunos Estados y pueblos indígenas de eliminar el *caveat* del Art. 1.3 respecto a los alcances del término pueblos.

Otro tema planteado es al que se refiere el Artículo III sobre la pertenencia y membresía de personas y comunidades a un pueblo indígena. Varias delegaciones indígenas enfatizaron que el derecho a la pertenencia de un individuo o comunidad a un pueblo indígena debe basarse no solo en su auto identificación con dicho pueblo, sino también en la aceptación de dicha membresía por dicho pueblo de acuerdo a sus usos y costumbres. Se aclaró por la Presidencia que tanto el artículo

11. Esta Sección Segunda fue ya analizada en primera lectura en la 1ª- Sesión Especial del Grupo de Trabajo (2001). Los artículos de esta sección fueron analizados en su conjunto.

propuesto por la CIDH como el revisado por la Presidencia señalan justamente esos dos requisitos como necesarios para dicha pertenencia.

Varias delegaciones indígenas solicitaron eliminar el propuesto Artículo IV sobre Personalidad Jurídica, sosteniendo que su personalidad no depende de las decisiones del Estado, o por lo menos quitar la mención “dentro de sus sistemas legales”. En cambio otras delegaciones indígenas propusieron mantenerlo dejando claro que el reconocimiento del Estado de la personalidad colectiva indígena se basa en su realidad histórica y de sus inherentes derechos.

Con respecto al Artículo VI contra la discriminación, una delegación estatal propuso que se sigan las formulas internacionales ya establecidas al respecto.

Varios Estados enfatizaron la necesidad de usar formulas internacionalmente aceptadas sobre los conceptos básicos como los que trata esta Sección, siempre pensando en facilitar relaciones armoniosas entre Estados y pueblos indígenas.

Preámbulo.

Hubo una serie de propuestas de fondo: una, de incluir las definiciones de los principales términos utilizados en el Preámbulo; y otra de incluir en el un párrafo respecto a que los pueblos indígenas gozan del derecho a la libre determinación.

Varios pueblos indígenas solicitaron también que se mantenga tal como esta en la versión original el párrafo referido a “La seguridad y áreas indígenas” sobre la actividad de las fuerzas armadas en dichas áreas.

Un país propuso que se trate de evitar las referencias al derecho interno para limitar su alcance, y hacer que la Declaración y su preámbulo presenten principios fundamentales que permitan avanzar en el reconocimiento y garantías a los pueblos indígenas.

Sesión de clausura

En la sesión de clausura realizada en la noche del jueves 27 debido a la intensa nevada, presentaron en primer lugar sus conclusiones y recomendaciones dos representantes seleccionados por los líderes indígenas presentes, Lourdes Tiban por los indígenas de Sudamérica y Danielle Lawson, por los de Norteamérica.

Ms. Lawson presentó en nombre del caucus indígena una serie de condiciones y métodos considerados necesarios para la futura negociación de la Declaración, con especial énfasis en la necesidad del consentimiento de los pueblos interesados respecto a los resultados de la misma; a que haya criterios claros para la participación de los representantes indígenas en las negociaciones; así como que haya transparencia y publicidad de los intercambios, inclusive transmitiéndolos por Internet en video. Solicitó también que deben publicarse sumarios más detallados de las sesiones.

Igualmente planteó que deben realizarse consultas nacionales entre Gobiernos y pueblos indígenas en los Estados Miembros, y que cada país debe informar a la Presidencia sobre dicha consulta, incluyendo en su informe las propuestas indígenas. Expresó que todo dicho material debería ponerse a disposición de las delegaciones indígenas en la próxima Sesión Especial.

Planteo también que las negociaciones no debían ser hechas en base a artículos aislados, sino como parte de un todo consistente. Enfatizó la importancia de que a los sesiones de negociación concurren representantes de los Estados con autoridad para tomar decisiones por sí mismos.

Lourdes Tiban por su parte se refirió a los avances obtenidos en la Sesión y las esperanzas de que esa participación se mantenga en la nueva etapa de negociación. Indicó también que la libre determinación es un derecho humano esencial de los pueblos indígenas y que esta en la base de lo que debe ser la Declaración.

También planteó que debía haber la máxima publicidad del proceso de manera que las bases pudieran conocer y dar su opinión y alimentar a sus representantes en el proceso. Indicó que en el Ecuador el acuerdo político entre las máximas autoridades del Estado y de los pueblos indígenas respecto a este proceso permitió dar parámetros comunes para la etapa final.

El Relator de la Sesión Especial Dr. Osvaldo Kreimer sintetizó en forma preliminar los puntos sobresalientes de las discusiones, los que son presentados y especificados en el presente informe.

El Secretario General Adjunto Luigi Einaudi, tras asegurar el total apoyo de la Secretaría General a este proceso, recordó los principales puntos enfatizados en las discusiones en particular el carácter especial de la relación de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos, y la importancia de respetar y reconocer sus opciones a un estilo de vida propio y de desarrollo económico. También resalto la inserción de esta Declaración en el contexto más amplio de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana.

Remarcó cuatro ideas expresadas en la sesión especial: la necesidad de las consultas recíprocas entre Estados y pueblos indígenas; la importancia de redescubrir el verdadero capital de nuestras sociedades; la necesidad de adecuar las políticas de educación y administración de justicia y gobierno a la realidad de los pueblos indígenas; y que la democracia política debe ser un reflejo de la composición social de nuestros pueblos, multicultural y pluriétnicos.

Por ultimo y dando cierre a la Sesión Especial, el Presidente del Grupo de Trabajo y Jefe de la Misión Permanente del Perú ante la OEA, Embajador Eduardo Ferrero Costa aseguro a los representantes indígenas la consideración de sus planteos por parte del Grupo de Trabajo, ya que reflejan la sana voluntad de seguir construyendo juntos el proceso hacia el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas.

En ese sentido, expresó que para numerosos Estados Miembros de la OEA, este proceso no tiene que ir necesariamente dependiente del proceso de las Naciones Unidas. Creemos que habrán elementos comunes, tienen que ser conceptos similares pero son realidades no exactamente iguales. Creemos que hay elementos que acercan más a los países de América y sus pueblos de los que hoy día acercan a toda la comunidad internacional.

Sostuvo que hay consensos importantes que valen la pena destacar y estamos llegando al término de una etapa de este proceso, etapa muy positiva, con características que tenemos que reconocer de manera muy breve en esta sesión de clausura: un diálogo de alta calidad, un diálogo franco, transparente, constructivo, responsable, y con propuestas específicas que nos van a permitir ir identificando una serie de aspectos en los cuales existen consensos de principio, así como los aspectos de diferencia donde habrá que hacer el esfuerzo para llegar en su momento al consenso entre los Estados con una amplia participación de los representantes de los pueblos indígenas.

Destacó la validez de esta Declaración y la importancia de la misma y en el seno de la OEA. Mencionó la creación del Fondo Específico de apoyo voluntario que permite una amplia participación de representantes de pueblos indígenas en las sesiones especiales. Indico que se está terminando una etapa y estamos empezando una nueva para la cual contamos con la franca voluntad política de los Estados Miembros de la OEA de la misma manera que de los representantes de los pueblos indígenas y en ambos casos con madurez, con seriedad, con buena voluntad, con buena fe y con transparencia.

Para la Presidencia del Grupo de Trabajo, a título personal sin comprometer a los Estados Miembros mencionó brevemente algunos elementos para ir armando, estructurando el inicio de la nueva etapa dentro del proceso. En primer lugar, su voluntad de preparar como documento de la Presidencia, informal y no compromisorio para nadie, un nuevo texto oficioso de la Presidencia, teniendo para ello como elementos de juicio los aportes tan importantes presentados durante tres sesiones especiales por los representantes de los pueblos indígenas y por representantes de los Estados.

En segundo lugar, consideró muy importante promover consultas nacionales, objetivo ya mencionado en la resolución de la Asamblea General de Barbados. En tercer lugar, sostuvo que es fundamental que la Asamblea General de la OEA a celebrarse en junio apruebe una nueva resolución renovando y ampliando el mandato y reiterando la prioridad política y el camino hacia adelante conducente a la aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Sostuvo que el diálogo tiene que ser un diálogo muy franco, muy sencillo, sin condiciones previas, con comprensión recíproca y búsqueda de entendimientos y consensos, confinado en la buena voluntad política que se está advirtiendo y en la buena fe de todas las partes. Ejemplifico como avances sustantivos el tratamiento de conceptos básicos como es, por ejemplo, el principio de la libre determinación de los pueblos indígenas, que hoy día está mucho más avanzado como concepto con sus diferencias de lo que estaba hace un año, dos años o tres años atrás.

Sostuvo que ha habido avances y elementos suficientes que permiten ver con optimismo una tarea ardua y compleja que tenemos el reto de enfrentar y que podremos lograr concluir en el plazo que las condiciones lo permitan, lo antes posible, sin presionar para adoptar decisiones inmaduras e inconsultas. Luego de agradecer a todos los participantes y colaboradores, así como a los Estados que han contribuido al Fondo Específico, a las organizaciones indígenas con sede en Washington que nos han ayudado tanto, a las directivas de los pueblos indígenas, a los intérpretes, a mi equipo de apoyo, y por supuesto a los pueblos indígenas y los Estados. Como palabras finales de clausura expreso: “Veamos el futuro con optimismo y con la convicción que lograremos el objetivo de tener una Declaración Americana legítima sobre derechos de los pueblos indígenas en las Américas”.