DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN UNA NUEVA CONSTITUCION PARA CHILE:

ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y COMPARADOS

OBSERVATORIO CIUDADANO

Financiado por la Unión Europea

Financiado por
la Unión Europea

DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN UNA NUEVA CONSTITUCION PARA CHILE:

ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y COMPARADOS

OBSERVATORIO CIUDADANO

JUNIO 2020

DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES EN UNA NUEVA CONSTITUCION PARA CHILE: ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y COMPARADOS

ISBN: 978-956-9315-14-5

OBSERVATORIO CIUDADANO

EDICIÓN: Lola de la Maza W.

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN: Lola de la Maza W.

"Esta publicación fue producida con el soporte financiero de la Unión Europea.
El contenido es de total responsabilidad del Observatorio Ciudadano y no necesariamente refleja las ideas de la Unión Europea."

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 5
José Aylwin

CAPÍTULO I 13
Los Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Chile:
Marco normativo interno y estándares internacionales
Felipe Guerra y José Aylwin

CAPÍTULO II 53
Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia
Karina Vargas

CAPÍTULO III 109
Los estándares internacionales referidos a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y su desarrollo a nivel constitucional
Silvana Lauzán

INTRODUCCIÓN [1]

Luego de años de demanda ciudadana por una nueva constitución, el estallido social de octubre de 2019 parece haber gatillado el momento constituyente de Chile. Este momento, como sabemos, no es necesariamente el resultante del "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución" suscrito por representantes de partidos políticos el 15 de noviembre pasado, sino de un proceso de larga data y que involucró a muchos sectores sociales y políticos del país.

En efecto, dicho proceso se remonta a los tiempos de la dictadura cívico-militar cuando el Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24) impugnó la imposición fraudulenta de la Constitución Política de la Republica de 1980 (CPR) y propuso una Asamblea Constituyente (AC) como el mecanismo más democrático para la elaboración de una carta fundamental. Más tarde se vigorizó con la inclusión del cambio constitucional y de la AC en la agenda de los movimientos sindicales, estudiantiles, ambientales a fines de la primera década del 2000, para luego pasar a conformarse en una demanda trasversal de la ciudadanía, que para mediados de la década siguiente concitaba un apoyo mayoritario en la población. Fue ello lo que llevó a la entonces presidenta Bachelet a proponer el desarrollo de un proceso constituyente a través de mecanismos "participativos, institucionales y democráticos"[2]. El proceso impulsado por Bachelet, si bien concitó importantes niveles de participación, como sabemos, se vio frustrado por la ausencia de los quórums requeridos por la CPR, así como por la falta, sino de voluntad, de audacia de su gobierno para sacar adelante el nuevo texto constitucional propuesto (2014-2018).[3]

Las insuficiencias de la CPR de 1980 desde la perspectiva de los derechos humanos son numerosas y profundas. Ello no obstante sus abundantes modificaciones a través de al menos 30 reformas a 250 de sus artículos. Así, en materia de derechos políticos el sistema electoral binominal vigente hasta el 2018 –inicialmente contenido en sus normas y luego en leyes orgánicas constitucionales– junto a los quorum supra mayoritarios en ella establecidos (tres quintos y dos tercios para materias fundamentales), han impedido las reformas sustanciales a la carta fundamental, favoreciendo la

1 José Aylwin, Coordinador Programa Globalización y Derechos Humanos, Observatorio Ciudadano.

2 Bachelet, M. (2013). *Chile de todos. Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018,* p. 30. Disponible en: http://www.onar.gob.cl/wp-content/upLoads/2014/05/ProgramaMB.pdf

3 El "proceso constituyente Bachelet" resultó en dos proyectos de reforma constitucional enviados por ella al Congreso Nacional; uno sobre el mecanismo para la elaboración de una nueva constitución, enviado en abril de 2017, y otro con las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución, enviado en marzo de 2018, a días de concluir el mandato de la presidenta. Este último proyecto fue elaborado por un grupo reducido de asesores de La Moneda, desoyó las conclusiones emergidas de los diálogos y encuentros ciudadanos, y de la consulta a los pueblos indígenas impulsada durante el 2017.

representación parlamentaria de los dos grandes bloques políticos y obstaculizando la participación de diversos sectores políticos, sociales, étnicos y geográficos en el parlamento. Por otro lado, la composición del Tribunal Constitucional establecido en la CPR –tres de cuyos diez miembros son designados por órganos de generación no democrática– y la atribución que en ella se le otorga para revisar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso Nacional, convierte a esta instancia en un guardián de la carta fundamental cuyas decisiones priman sobre aquellas emanadas de poderes democráticos del Estado. Todo lo anterior ha llevado al constitucionalista Fernando Atria a calificar a dicha carta fundamental como la "Constitución tramposa", que no permite al pueblo, como lo hizo la Constitución de 1925 –que también fue impuesta– legitimarla como carta fundamental[4].

Otro aspecto deficitario de la Constitución de 1980 desde la perspectiva de los derechos humanos es el de la concepción de Estado subsidiario en materia económica y, relacionado con ello, la ausencia de reconocimiento y mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En el primer plano, sus disposiciones consagran un Estado subsidiario, limitando su intervención en el desarrollo de actividades empresariales a una legislación de quorum calificado, dejando con ello a los privados la iniciativa en este ámbito. En forma coincidente reconoce y protege el derecho a la propiedad privada, al establecer limitantes a la expropiación, y al disponer la compensación en dinero efectivo al contado en caso esta tenga lugar. La misma Constitución dispone que el Estado tiene el dominio absoluto sobre todas las minas, agregando que el Estado puede otorgar concesiones a particulares sobre dichas minas, y protegiendo el derecho de propiedad del titular de la concesión minera. El derecho de propiedad es hecho extensivo por la Constitución al derecho de aprovechamiento de aguas de los particulares. El derecho de propiedad establecido en base a las disposiciones constitucionales es protegido con un recurso especial (protección) creado por esta carta. Todo lo anterior es determinante para entender la privatización de los recursos naturales del país verificada desde 1980 a la fecha. Un ejemplo crítico de los procesos privatizadores a los que dio origen la Constitución de 1980, y las leyes orgánicas constitucionales dictadas con posterioridad a ella por la dictadura es el del agua, recurso que a contar del Código de Aguas de 1981 se encuentra en casi en su totalidad en manos privadas.

En contraste con ello, otorga un reconocimiento precario a los derechos fundamentales reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas ratificado por Chile, como es el caso de los derechos laborales de sindicación y huelga. En el caso de derechos como la educación, la salud y la seguridad social, el reconocimiento que la Constitución otorga es de carácter formal, toda vez que lejos de garantizar el acceso a ellos, esta protege la libre elección del sistema que los presta, fomentándose con ello los sistemas privados de prestación. Otros derechos, como la vivienda adecuada, no son reconocidos en la Constitución de 1980[5]. Una excepción es el recurso a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que es introducido por esta carta constitucional.

Finalmente, no por ello menos importante, la Constitución de 1980, sigue sin reconocer a la fecha la diversidad étnica representada en los pueblos indígenas y afrodescendientes que habitan en

4 Atria, F. (2013). *La constitución tramposa*. Santiago: Lom.

5 Instituto Nacional de Derechos Humano, 2014

Chile. En efecto, mantiene una concepción monoétnica de la sociedad y el Estado al señalar que "la soberanía reside esencialmente en la Nación" (artículo 5), negando la existencia de distintos pueblos o naciones al interior del Estado. Ello convierte a Chile en el único Estado de América Latina que no cuenta con un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas y de sus derechos colectivos.

No es casual entonces el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU haya manifestado a Chile el 2015 su preocupación "…sobre la falta de reconocimiento constitucional de algunos derechos económicos, sociales y culturales. Asimismo, le preocupa que el recurso de protección establecido en la Constitución deja fuera de la protección jurídica algunos de los derechos contenidos en el Pacto, limitando su aplicabilidad directa por los tribunales nacionales (Art. 2 párr. 1)"[6]. Por lo mismo es que dicho Comité recomendó al Estado de Chile "…que garantice el reconocimiento integral y la protección jurídica necesaria de los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo texto constitucional, asegurando que el proceso de reforma constitucional previsto se realice de una forma transparente y participativa."[7]

No debe extrañarnos en este contexto que durante los últimos años los pueblos indígenas hayan sido partícipes del proceso constituyente en desarrollo. La demanda por una nueva constitución encontró eco en al menos parte del movimiento indígena, en particular en el movimiento mapuche[8]. Así, junto al partido político mapuche Wallmapuwen, de corta vida legal debido a las limitantes de la legislación electoral y de partidos políticos vigente para hacer posible la participación política de pueblos indígenas, el movimiento mapuche Identidad Territorial Lafkenche, y la Asociación de Municipalidades con Alcalde Mapuche (AMCAM), la que agrupa a nueve municipios del centro sur del país, entre otros referentes, han sido activos promotores de una nueva constitución, promoviendo la Asamblea Constituyente, con representación proporcional indígena, como mecanismo para la elaboración constitucional. Lo mismo cabe señalar de otros pueblos indígenas, como el aymara y lickanantai, cuyas organizaciones representativas se han sumado activamente a la demanda por una nueva constitución y la Asamblea Constituyente como el mecanismo para alcanzarla. Ello como una manera de lograr que en una nueva Constitución Política los derechos colectivos de pueblos indígenas, incluyendo entre ellos los derechos a la tierra, al territorio y a los recursos naturales, y los derechos de autonomía, entre otros, sean reconocidos, al igual que la plurinacionalidad del Estado chileno.

El proceso constituyente en marcha en Chile, sin embargo, plantea importantes desafíos en relación con los pueblos indígenas. Ellos dicen relación tanto con la inclusión o participación de estos pueblos en el proceso de elaboración de una nueva carta fundamental, como con los contenidos de la carta que de este proceso emane.

---

6 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, *Observaciones finales al cuarto Informe periódico de Chile*, 7 de julio de 2015, parág. 7.

7 *Ibid*.

8 Se debe señalar, de todas formas, que organizaciones del pueblo mapuche como el Consejo de Todas las Tierras y la Coordinadora Arauco Mapuche han desestimado la demanda por una nueva constitución para Chile, y por lo mismo, la participación en un proceso constituyente para lograr este fin, poniendo su acento en procesos autónomos orientados a hacer efectivo el derecho de libre determinación que el derecho internacional reconoce a los pueblos indígenas.

En el primer ámbito, la participación de estos pueblos en el proceso de construcción constitucional encuentra su fundamento en el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, incluyendo en forma directa, reconocida en convenios internacionales suscritos por Chile, entre otros el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (artículo 25) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23), sino también en instrumentos específicos que le son aplicables. Es el caso del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), ratificado por Chile, que dispone que los estados deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos indígenas "…puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan" (artículo 6 1. b). La misma obligación de los estados ha sido establecida en términos análogos tanto en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI, 2007)[9], como en la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI, 2016)[10].

El derecho de los pueblos indígenas a participar en igualdad de condiciones con otros sectores de la población en procesos electorales de los estados tiene también fundamento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). De especial importancia en este sentido es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, caso en el que la Corte IDH condenó a Nicaragua por la violación del derecho de participación política de los integrantes del partido indígena Yatama, cuyos candidatos fueron privados de participar en un proceso eleccionario por no cumplir requisitos de la ley nacional[11].

En el segundo ámbito, el de los contenidos constitucionales, resulta fundamental observar el desarrollo de los estándares internacionales de derechos humanos en las últimas décadas, y cómo estos se han visto reflejados en el constitucionalismo comparado a nivel global, y en particular en América Latina. Ello es aplicable por cierto en materia de derechos de pueblos indígenas, pero también en materia de los denominados económicos sociales, culturales y ambientales, los que han tenido un importante desarrollo normativo reciente expresado en numerosos instrumentos internacionales de diversa naturaleza.

9 En su artículo 18 la DNUDPI establece el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos "…por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos…".

10 En su artículo XXI 2 la DADPI dispone al respecto que los pueblos indígenas "…tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones." (artículo XXI 2).

11 En su sentencia en este caso la Corte IDH condenó al Estado de Nicaragua por la violación del derecho de los indígenas agrupados en dicho partido a la participación política, en relación con el artículo 1.1 (respeto de derechos sin discriminación alguna…), artículo 2 (deber de adoptar disposiciones en el derecho interno), y el artículo 24 (igualdad ante la ley) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Junto a ello dispuso que el Estado de Nicaragua debía adoptar medidas para garantizar el derecho de los indígenas a participar, en condiciones de igualdad, en la toma a de decisiones en asuntos políticos, integrándose en los órganos estatales en forma proporcional a su población. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso *Yatama vs. Nicaragua*: 2005, parág. 259 y sigts.

El constitucionalismo latinoamericano se ha nutrido claramente de esta evolución, siendo pionero en la consagración al más alto nivel en la jerarquía normativa de los derechos humanos. De acuerdo al jurista colombiano Rodrigo Uprimny (2011), la mayor parte de los textos constitucionales contemporáneos latinoamericanos reconocen la centralidad de los derechos humanos civiles y políticos propios de las democracias liberales, así como también los derechos económicos, sociales y culturales, avanzando en algunos casos en el reconocimiento de derechos colectivos, como el medio ambiente y derechos como el agua, o derechos de la naturaleza (en el caso de Ecuador). Como una manera de reforzar estos derechos varias constituciones de la región, además, han dado tratamiento especial a los tratados internacionales de derechos humanos a través de figuras como el "bloque de constitucionalidad."[12] Vinculado a ello, las constituciones latinoamericanas de las últimas décadas han establecido mecanismos judiciales directos de protección de estos derechos, como el amparo o la tutela, o reforzado otros ya existentes. Igualmente, varias de estas cartas fundamentales han creado o reforzado la justicia constitucional con competencias en esta materia. Las mismas constituciones, además, reforzaron el concepto de igualdad, prohibiendo la discriminación por raza, género y otros factores, estableciendo mecanismos de acción afirmativa para lograr que la igualdad sea real y efectiva. Junto a ello varios textos constitucionales han propuesto el denominado "Estado social y democrático de derecho", en algunos casos enfatizando la importancia de la búsqueda de un orden social justo. Junto a ello los textos constitucionales latinoamericanos amparan a los grupos tradicionalmente discriminados, como los pueblos indígenas y las comunidades negras, en algunos casos reconociendo derechos especiales de ciudadanía, derechos de representación especial y autonomía en sus territorios. Finalmente, la mayor parte de las reformas plantean reconsideraciones de la función económica del Estado, ampliando la intervención estatal y las funciones redistributivas de las autoridades, y manteniendo la dirección estatal de la economía.[13]

En este documento de trabajo procuramos sistematizar información que pueda fortalecer la participación de los pueblos indígenas, así como de otros sectores discriminados, en el contexto del proceso constituyente en desarrollo en Chile. Ello a objeto que la carta fundamental que de este emane pueda incorporar los estándares de derechos humanos que les son aplicable y les conciernen, en forma consistente con las tendencias del derecho comparado.

Para estos efectos, este documento de trabajo se ha dividido en tres capítulos en los que se abordan tres materias diferentes. En el Capítulo I, titulado "Los Derechos Humanos y Pueblos Indígenas en Chile: Marco normativo interno y estándares internacionales", se analiza el marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas en el país, incluyendo tanto el marco normativo doméstico como el derecho internacional aplicable. En este capítulo se trata primeramente de la cuestión de definición de los pueblos indígenas, así como la identificación de a quienes se aplica esta categoría a nivel global y en Chile. Posteriormente, se analiza en detalle el marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas, contrastando el derecho doméstico vigente, en particular la legislación específica referida a estos pueblos, como la Ley Nº 19.253, de 1993, que "establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas", también conocida como Ley Indígena, y la Ley Nº 20.249 de 2008, que

12 Uprimny, R. (2011). *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos.* 2011. Disponible en http://www.humanas.cl/?p=15264

13 *Ibid.*

"crea el espacio costero marino de pueblos originarios, con el derecho internacional aplicable en el país. Este último incluye tanto el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), ratificado por Chile el 2008, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI, 2007) y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI, 2016), así como la interpretación que los órganos internacionales encargados de su supervisión han dado a su alcance y sentido. Ello, en particular, en lo referido a los principios generales de este marco normativo y el deber del Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la tierra, a los territorios y a los recursos naturales. Igualmente, se abordan los derechos políticos de pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la participación y a la consulta, deteniéndose en el análisis en profundidad del alcance y contenido de este último derecho a partir de las directrices y jurisprudencia internacional referida, contrastándolo con la reglamentación de este derecho en Chile. Finalmente, se trata de los derechos ambientales también contrastando la normativa doméstica Ley Nº 19.300, de 1994 Sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA) con las directrices internacionales.

En el Capítulo II, "Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en las Constituciones de Colombia, Ecuador y Bolivia" se analiza en profundidad el tratamiento que estas dan a los pueblos indígenas y sus derechos. Ello por tratarse de las cartas fundamentales más avanzadas de América Latina en la materia. En el caso de Constitución Política (CP) de Colombia de 1991, aprobada en 1991 poco tiempo después del OIT del Convenio 169 de 1989, en el contexto de las políticas del multiculturalismo[14], se constata que ella, junto con establecer el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana, dispone de mecanismos para la representación de los indígenas en el Senado y Cámara de Representantes. Dicha CP, además, brinda protección a los resguardos indígenas como propiedad colectiva y reconoce las entidades territoriales dotándolas de autonomía siendo gobernados por concejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres. También, reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

Posteriormente, se da cuenta de los contenidos de las Constituciones Políticas de Ecuador y Bolivia de 2008 y 2009 respectivamente. Se trata de constituciones que fueron elaboradas con activa participación de los pueblos indígenas en los órganos constituyentes, con influencia evidente de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas de 2007. En el mismo capítulo se da cuenta que ambos textos constitucionales, junto con reconocer la diversidad de pueblos y naciones en ellos existentes, pasan a definir los estados como plurinacionales, plurinacionalidad que en el caso de la CP de Bolivia se ve reflejada en una Asamblea Legislativa Plurinacional, y en un órgano judicial y un tribunal constitucional con el mismo carácter, ambos con representación de estos pueblos (artículo 178).[15] También, se da cuenta del énfasis de dichas CP en la interculturalidad

14 Para una comprensión de las políticas del multiculturalismo aplicadas en América Latina en la década de los noventa ver Hale, Ch. (2002). "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the polities of identity in Guatemala". *Journal of Latin American Studies*, vol. 34: 485-524; y Yrigoyen, R. (2011). "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización", en Rodriguez C. coord.., *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*.., 139-59. Buenos Aires: Siglo XXI Editores

15 Para una comprensión del contenido de la plurinacionalidad ver *Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador.* Junio de 2008, párr.9. http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-acerca-del-proceso-de-re-

como forma de relación entre los pueblos diferenciados que habitan en ellos, lo que se ve expresado en especial en la CP de Ecuador en el deber del Estado de promover el buen vivir y en un conjunto de derechos del buen vivir, entre los que se encuentran el derecho al agua y a la alimentación, al medio ambiente, a la comunicación e información, al hábitat y vivienda, al trabajo, así como en la inclusión de los derechos de la naturaleza. También, gravitante es el reconocimiento explícito que hace la CP de Bolivia del derecho de los pueblos y naciones indígenas a su libre determinación, a la autonomía y al autogobierno. Las mimas cartas potencian el reconocimiento de los sistemas de justicia indígenas y su administración por las autoridades indígenas de acuerdo a sus propias normas. Finalmente, ambas cartas reconocen a los pueblos indígenas derechos territoriales, incluyendo derechos de posesión y propiedad ancestral de sus tierras y territorios, así como derechos de participación, usufructo, conservación y administración de recursos naturales, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, y consulta frente a su explotación.

El presente documento de trabajo concluye con el Capitulo III, referido a "Los estándares internacionales referidos a Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) y su desarrollo a nivel constitucional". Tal como su nombre lo sugiere, en dicho capítulo se desarrollan inicialmente los estándares internacionales referidos a estos derechos, incluyendo entre otros el derecho al medio ambiente sano, el derecho humano al agua, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, analizando fuentes tanto del Sistema Universal de Derechos Humanos como del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En cada uno de estos derechos se analizan y desarrollan el alcance que estos tienen para el caso de los pueblos indígenas. Destacan en relación al derecho al medio ambiente sano su desarrollo progresivo desde la década de los setenta en ambos sistemas –Universal y regional- como consecuencia del deterioro ambiental en el planeta, siendo este concebido hoy como derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Se trata de un derecho que ha sido regulado a través de diversos instrumentos y jurisprudencia internacional para el caso de los pueblos indígenas, dada su estrecha relación con el medio ambiente de las tierras y territorios que tradicionalmente ocupan. Como parte de este capítulo se da cuenta del reciente *Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, o "Acuerdo de Escazú de Democracia Ambiental", acuerdo que refuerza la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

En relación al derecho humano al agua se da cuenta de su desarrollo, también progresivo, siendo un hito fundamental la Resolución 64/292 de Naciones Unidas de 2010, la que consagra "el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos". Al igual que el derecho al medio ambiente, el derecho de los pueblos indígenas al agua, así como sobre otros recursos naturales que existen en sus tierras y territorios, es abordado acá tanto a través de la normativa especifica como de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El Capitulo III refiere también al desarrollo del derecho a una vivienda adecuada reconocido en el derecho humanitario internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho

vision-constitucional-en-ecuador-2008; y de Souza Santos, B. "La reinvención del Estado y el Estado plurinacional" en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) 2007. Año VIII, Nº 22, septiembre. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf

a la seguridad social y a la salud. Ello en su dimensión general aplicable a todas las personas, en particular a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), como en su aplicación específica a los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT.

Finalmente, en este capítulo se realiza un análisis de la normativa referida a los DESCA en las Constituciones Políticas de Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Ecuador, Colombia y México. Ello como consecuencia de los procesos democratizadores experimentados por dichos estados, muchos de los cuales se identifican como "Estado social y democrático de derecho", lo que se ven reflejado en dichas cartas fundamentales en la consagración de los derechos antes referidos. En la misma sección, sin embargo, se da cuenta también de las tensiones y las brechas en el cumplimiento práctico de las obligaciones que emanan de estas constituciones en estas materias. Se incluye en este capítulo un recuadro con los titulares de las normativas más relevantes de estos estados en materia de DESCA.

El presente documento es parte del trabajo que el Observatorio Ciudadano desarrolla con apoyo de Unión Europea en el marco del proyecto denominado "Promoción de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de pueblos indígenas en el contexto del proceso constituyente y del Plan Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile".

Esperamos que este documento de trabajo aporte conocimientos y elementos que puedan potenciar la participación de los pueblos indígenas y de sus representantes en el proceso constituyente en desarrollo en el país, participación sin la cual los derechos colectivos que les corresponden como tales, así como los DESCA, difícilmente serán recogidos en la carta fundamental que de ella emane.

CAPÍTULO I
LOS DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS EN CHILE: MARCO NORMATIVO INTERNO Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES [16]

CUESTIONES PREVIAS

Durante las últimas cuatro décadas, y debido a la irrupción y articulación de los movimientos de pueblos indígenas a nivel nacional, regional e internacional, los derechos de esos pueblos se han perfilado como un importante componente del derecho estatal e internacional de los derechos humanos, lo que ha generado un nuevo escenario jurídico y político en relación a ellos.

A nivel internacional, el instrumento jurídico vinculante más completo que se haya adoptado a la fecha en materia de protección de los pueblos indígenas y tribales, sigue siendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, tratado internacional sobre derechos humanos específicos de dichos pueblos (Oficina Regional para América Latina y el Caribe OIT, 2007:7). El Convenio 169 surge de la preocupación internacional por el hecho de que los pueblos indígenas de todo el mundo han sufrido injusticias históricas como resultado de la colonización y de la desposesión de sus territorios y recursos de ocupación y uso ancestral, lo que les ha impedido gozar de sus derechos humanos básicos en igualdad de condiciones, así como mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones, y promover su desarrollo de acuerdo con sus propias aspiraciones. De esa manera, cuando el Convenio 169 de la OIT es adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1989, la comunidad internacional perseguía el objetivo explícito de rectificar el modo en que había afrontado históricamente la cuestión de los pueblos indígenas, buscando "eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores" (Preámbulo, Convenio 169 de la OIT). Para lo anterior, el Convenio 169 se asienta sobre la idea de que la diversidad cultural es un valor que debe ser protegido y promovido, consagrando una serie de derechos que son atribuidos a los pueblos indígenas en su específica condición de sujetos colectivos,

16 El presente Capítulo ha sido extraído del documento de trabajo elaborado por Felipe Guerra y José Aylwin (2018) *Derechos humanos y pueblos indígenas: Marco jurídico, obligaciones estatales, implicancias para la actividad empresarial y acceso a la justicia*. Disponible en https://observatorio.cl/derechos-humanos-y-pueblos-indigenas-marco-juridico-obligaciones-estatales-implicancias-para-la-actividad-empresarial-y-acceso-a-la-justicia/

lo que representa una novedad y cambio en relación al tradicional paradigma liberal moderno que atribuye la titularidad de derechos sobre el individuo.

Este cambio de paradigma se expresa en la centralidad que el Convenio 169 otorga a tres cuestiones estrechamente relacionadas entre sí (Meza–Lopehandía, 2016): 1) el reconocimiento y protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en la medida en que dichos pueblos mantienen una relación estrecha con su hábitat, del cual dependen su supervivencia cultural y material, lo que supone una reconfiguración del modelo tradicional de la propiedad civil; 2) el reconocimiento de ciertos ámbitos de autonomía y de los sistemas jurídicos e instituciones propias de los pueblos indígenas; y 3) el establecimiento de derechos procedimentales de carácter participativo, obligatorios e incidentes, los que se concretan a través de la consulta y participación indígena, que han sido considerados por la propia OIT como la "piedra angular del Convenio" (CEACR, 2009a).

Con la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) en 2007, el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas se vio reafirmado. Así, dicho instrumento establece en su artículo 1º que:

> "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos".

Lo propio ha sucedido en el sistema interamericano de derechos humanos, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado:

> "[…] la normativa internacional relativa a pueblos y comunidades indígenas o tribales reconoce derechos a los pueblos como sujetos colectivos del Derecho Internacional y no únicamente a sus miembros. Puesto que los pueblos y comunidades indígenas o tribales, cohesionados por sus particulares formas de vida e identidad, ejercen algunos derechos reconocidos por la Convención desde una dimensión colectiva, la Corte señala que las consideraciones de derecho expresadas o vertidas en la presente Sentencia deben entenderse desde dicha perspectiva colectiva". (Corte IDH, 2012, párr. 231).

Dicho reconocimiento de derechos colectivos a los pueblos indígenas se ha visto confirmado con la aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI) por parte de la Asamblea General de la Organización de Los Estados Americanos en 2016[17].

17 En idénticos términos que la DNUDPI, dicho instrumento reconoce que tanto "[l]os pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" (artículo V), reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, agregando que dichos pueblos "tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos" (artículo VI).

1. ¿QUIÉNES SON LOS PUEBLOS INDÍGENAS?

A nivel internacional existe consenso en el sentido de que no es deseable contar con una definición formal de pueblos indígenas y de pueblos tribales, fundamentalmente debido a la gran diversidad de estos grupos humanos que existe en las Américas y en resto del mundo, razón por la cual cualquier definición corre el riesgo de ser restrictiva. Sin perjuicio de lo anterior, el derecho internacional proporciona algunos criterios útiles para la identificación de los pueblos indígenas y los tribales.

Así, al precisar su ámbito de aplicación, el Convenio 169 de la OIT señala que son pueblos tribales aquellos grupos "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan 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" (artículo 1.1 literal b) del Convenio 169 de la OIT). Asimismo, el Convenio 169 de la OIT precisa que los pueblos indígenas son aquellos colectivos que descienden:

> "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 ella" (artículo 1.1 literal b) del Convenio 169 de la OIT).

Junto a lo anterior, el Convenio 169 de la OIT establece que "[l]a 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" (artículo 1.2). De esa manera, el énfasis para determinar la titularidad de los derechos que consagra el Convenio 169, así como el estatus de pueblo indígena o tribal, depende de la autoidentificación colectiva e individual, único criterio válido, y que se deriva de la autonomía que el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido a dichos colectivos.

La importancia de la autoidentificación individual y colectiva como principal criterio para determinar la condición indígena o tribal de un grupo o individuo, ha sido confirmada y reconocida de manera expresa tanto en la DNUDPI como más recientemente en la DADPI. En efecto, el artículo 33.1 de la DNUDPI señala que "[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones", lo que "no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven". A su vez, el artículo I.2 de la DADPI, en armonía con la jurisprudencia previamente asentada por los órganos interamericanos de protección de derechos humanos, establece que "[l]a autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quiénes se aplica la presente Declaración", debiendo los Estados respetar "el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena".

Como es posible apreciar, los elementos para la identificación de un pueblo indígena o tribal en el derecho internacional de los derechos humanos son tanto objetivos como subjetivos. Para el caso de los pueblos indígenas, los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica con aquellos grupos anteriores a la conquista o colonización, que determina su preexistencia a los Estados; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) la existencia, en todo o en parte, de instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas

y específicas. Por su parte, los elementos objetivos de los pueblos tribales incluyen: (i) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional (por ejemplo en sus formas de vida, sustento, lengua, entre otros); y (ii) tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial. Finalmente, el elemento subjetivo, requerido tanto para el caso de los pueblos indígenas como tribales, corresponde a la autoidentificación colectiva e individual en tanto tal (CIDH, 2009, párr. 24 ss.)[18].

Los Pueblos Tribales en las Américas

La vasta diversidad étnica y cultural de nuestro continente viene también dada por los grupos étnicos conformados por descendientes de quienes fueron traídos desde África durante la colonia. En la mayoría de los países del continente, algunos afrodescendientes se mantienen como colectivos étnica y culturalmente diferenciados, que comparten una identidad, un origen, una historia y una tradición común, como por ejemplo el pueblo Marroon en Surinam, los quilombos en Brasil o las comunidades afrodescendientes en Colombia y Ecuador. En algunos casos, atravesaron procesos de sincretismo con pueblos indígenas en la región, dando lugar a grupos étnicos diferenciados, como los Garífuna que habitan la costa atlántica de Honduras, Guatemala y Bélice, entre otros. Chile no ha sido la excepción, y durante las últimas dos décadas ha existido un proceso de reemergencia de poblaciones afrodescendientes, fundamentalmente en el norte del país, que han comenzado a reclamar su reconocimiento como colectivos étnicos y culturalmente diferenciados. En todos estos casos, se trata de sociedades dinámicas, no estáticas, que han atravesado procesos de cambio a través de los años y que mantienen en todo o en parte instituciones sociales, culturales o económicas propias.

Los organismos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos han recurrido al concepto de "pueblo tribal" del Convenio 169 de la OIT para referirse a los grupos afrodescendientes de la región y brindarles protección especial a sus formas de vida y culturas, en tanto no son pueblos que puedan ser considerados como indígenas u originarios de la región que habitan, pero al igual que los pueblos indígenas, comparten unas condiciones que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional. En efecto, varias comunidades afrodescendientes mantienen una relación especial y colectiva con el territorio que habitan, lo que supone algún tipo de sistema de tenencia consuetudinaria, así como también presentan formas de organización propias, maneras de sustento, idioma, entre otros elementos que dan cuenta del ejercicio habitual de su autodeterminación. Junto con ello, se encuentra un elemento subjetivo, relativo a la conciencia de la respectiva comunidad sobre su identidad diferenciada, esto es, una conciencia de identidad grupal que hace que sus integrantes se asuman como miembros de una colectividad. Los órganos del sistema interamericano han afirmado que, en tanto una comunidad afrodescendiente u otro grupo étnico reúna ambos elementos, puede ser considerado un "pueblo tribal" en los términos del Convenio 169, a efectos de su protección bajo el derecho internacional, más allá de la denominación que reciban en el ámbito interno o de que su existencia se encuentre formalmente reconocida por los Estados. En este contexto, los pueblos tribales y sus miembros tienen los mismos derechos que los pueblos indígenas[1].

18 Teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha destacado que el "criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos" (CIDH, 2007, párr. 216). Por su parte, en cuanto a la autoidentificación colectiva, para la Corte IDH la identificación de cada comunidad indígena "es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía", por lo cual corresponde a cada comunidad, conforme a su derecho propio e instituciones, identificar su nombre, composición y pertenencia étnica, debiendo el Estado u otros organismos externos "limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique" (Corte IDH, 2010, párr. 37).

2. ¿CUÁNTOS PUEBLOS INDÍGENAS HAY EN EL MUNDO?

De acuerdo con la OIT (2013), los pueblos indígenas y los tribales constituyen al menos 5.000 pueblos con características distintivas y una población de más de 370 millones, en 70 países diferentes. En América Latina, en tanto, se estima que existen alrededor de 400 grupos indígenas que, según la fuente de información, representan entre 40 y 50 millones de personas (Stavenhagen, 1996; PNUD, 2004). El conocimiento sobre estos pueblos, aunque fragmentado, muestra sostenidamente mayor incidencia de la pobreza, menor ingreso, escolaridad y esperanza de vida, mayor mortalidad infantil y materna, y menor acceso a la salubridad y al agua potable (Del Popolo y Oyarce, 2006).

Efectivamente, en un reciente informe temático, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) abordó por primera vez la situación de pobreza en los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y los obstáculos que ésta impone para el goce efectivo de los derechos humanos. En dicho informe, la CIDH observó que, sin perjuicio de que América Latina ha experimentado un crecimiento económico acelerado y una reducción de sus tasas de pobreza y de pobreza extrema en la década de 2000, esta reducción no se ha distribuido de manera equitativa, ya que:

> "[…] los pueblos indígenas en las Américas continúan viéndose desproporcionadamente afectados por la pobreza y la pobreza extrema, en comparación con la población en general. La pobreza afecta al 43% de los hogares indígenas del hemisferio; cifra que constituye el doble de la proporción del problema en hogares no indígenas. A su vez, el 24% de todos los hogares indígenas viven en condiciones de pobreza extrema; es decir la pobreza extrema afecta a estas comunidades 2.7 veces de forma más frecuente que a los hogares no indígenas" (CIDH, 2017, párr. 358).

Tal como destaca la CIDH, entre los factores contribuyentes a la reproducción intergeneracional de la desigualdad y la pobreza en los pueblos indígenas del hemisferio, se encuentra la persistencia de una situación de exclusión estructural e histórica (2017, párr. 359). Lo anterior se ve reflejado en el hecho de que los pueblos indígenas siguen afectados por niveles más altos de analfabetismo, desnutrición, dificultades para acceder a cuidados médicos, y obstáculos para acceder a servicios básicos como agua potable, saneamiento, electricidad y viviendas adecuadas. Asimismo, todavía persisten retos que dificultan su acceso a la justicia y menoscaban la efectiva participación y representación política de estos pueblos. Además, la CIDH enfatiza que existe una íntima y documentada relación entre la situación precaria de los pueblos indígenas, y las violaciones de sus derechos a la libre determinación, la tierra, y los recursos presentes en sus territorios (2017, párr. 369). Son muchos los casos que han llegado a conocimiento de la CIDH, donde dicho organismo ha constatado las condiciones de extrema miseria en las que viven comunidades indígenas por la falta de acceso a la tierra y los recursos naturales que son necesarios para su subsistencia material y cultural. Producto del desarrollo de actividades extractivas en varios países de América Latina, muchos pueblos indígenas han sido expulsados de sus tierras o paulatinamente privados del control de sus territorios, viéndose obligados a vivir en situación de pobreza a los costados de las carreteras o en las ciudades, donde carecen de las condiciones mínimas para una vida digna.

3. LOS INDÍGENAS EN CHILE

En el caso de Chile, en la actualidad existen nueve pueblos indígenas reconocidos legalmente como "etnias" por la Ley Nº 19.253, de 1993, que "establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas", también conocida como Ley Indígena.

Respecto a la información demográfica de los pueblos indígenas en Chile, ésta solo ha existido a partir del censo de 1992, cuando se incorporó por primera vez una pregunta para identificar la población indígena, aun cuando en dicha época no existía ningún tipo de reconocimiento jurídico de estos colectivos en el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo, dicha pregunta –basada en un criterio de autoidentificación– únicamente incluyó a los pueblos Mapuche, Aimara y Rapa Nui, introduciendo la opción "ninguna de los anteriores" para aquellos indígenas que no pertenecían a dichos pueblos, lo que dejó a una gran cantidad de personas indígenas en situación de "omisión cultural" (Gundermann *et al.*, 2005). Sin perjuicio de lo anterior, 998.385 personas, de un total de 13.348.401, declararon identificarse como indígenas en dicha oportunidad, lo que correspondió a un 7,47% del total.

Una década más tarde, y una vez dictada la Ley Nº 19.253, en el Censo del año 2002 la pregunta para identificar a la población indígena se reformuló. En dicha oportunidad, la pregunta se centró en un criterio de pertenencia a un pueblo indígena y se amplió a los ocho pueblos originarios que hasta ese momento contaban con reconocimiento legal: Aimara, Rapa Nui, Atacameño, Quechua, Colla, Mapuche, Kawashkar y Yámana[19]. Sin embargo, 692.192 personas de un total de 15.116.435 declaró su pertenencia a uno de los pueblos enumerados en la pregunta (INE, 2005), lo que representa el 4,6% del total de la población censada en el país. Esto supuso una disminución drástica de los indígenas en las cifras censales, implicando diferencias intercensales significativas que, por su envergadura, hacen difícil comparar los datos obtenidos en ambos instrumentos.

De acuerdo al Instituto Nacional de Estadísticas (INE), el total de población que se autoidentificó como indígena en el reciente Censo Abreviado de 2017 alcanzó a 2.185.792, equivalente al 12.8% de la población total del país (17.574.003 personas). De acuerdo al mismo censo, la población indígena más numerosa es la Mapuche (1.7 millones con el 79.8 % del total), seguida por la Aimara (156 mil con el 7.2% del total) y la Diaguita (88 mil con el 4.1% del total

Otro instrumento estadístico oficial en Chile es la Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional (CASEN). En su versión del 2013, dicha encuesta arrojó un total de 1.565.915 personas indígenas identificadas en Chile (Ministerio de Desarrollo Social, 2013). A su vez, la Encuesta Casen 2015 indica un total de 1.585.680 personas que se autoidentifican como indígenas en Chile (Ministerio de Desarrollo Social, 2017). Ambas encuestas muestran un aumento en relación a los datos obtenidos a partir del Censo de Población y Vivienda de 2002.

En cuanto a la situación de pobreza de la población indígena en el país, la Encuesta Casen 2013 indicaba que el 23,4% del total de esa población vivía en situación de pobreza por ingresos, mientras que para la población no indígena el porcentaje era solo de un 13,5%. A su vez, la Encuesta Casen

19 Más tarde, en 2006, se reconocería legalmente al pueblo Diaguita, con la dictación de la Ley Nº 20.117, que "reconoce la existencia y atributos de la etnia diaguita y la calidad de indígena diaguita".

2015 demuestra que un 18,3% de la población indígena vive en situación de pobreza por ingresos, en comparación al 11,0% de la población no indígena (Ministerio de Desarrollo Social, 2017). Respecto a la pobreza multidimensional, la versión 2013 de la encuesta mostraba que el 31,2% de la población indígena de Chile vivía en esa situación, en comparación al 19,3% de la población no indígena (Ministerio de Desarrollo Social, 2013). Estas cifras muestran un descenso en la versión 2015, que arrojó que el 30,8% de la población indígena vive en situación de pobreza multidimensional, mientras que en el caso de la población no indígena se trata de un 19,9% (Ministerio de Desarrollo Social, 2017).

4. MARCO JURÍDICO APLICABLE A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

A continuación se analiza el marco jurídico aplicable a los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo tanto el ordenamiento interno como los estándares desarrollados en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Solo para efectos expositivos, los derechos de los pueblos indígenas serán organizados en cuatro ejes temáticos: a) deber del Estado de proteger los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas; b) derechos territoriales; c) derechos políticos; y d) derechos ambientales. Además, se presentarán de manera comparativa el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas y la forma en la que dichos derechos han sido reconocidos legalmente en nuestro ordenamiento jurídico doméstico, con el objetivo de evidenciar las brechas existentes.

En este punto, cabe destacar que la Constitución Política de la República de Chile (CPR) aprobada en 1980 durante la dictadura cívico militar, no contiene normas que reconozcan la existencia de pueblos indígenas y sus derechos, a pesar de sus múltiples modificaciones (Aylwin *et al.*, 2016). Sin embargo, la CPR se debe entender complementada por las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de conformidad a lo dispuesto en su artículo 5 inciso 2º.

En efecto, el artículo 5 de la CPR reconoce como límite al ejercicio de la soberanía el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Con base en ello, impone como deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados en el texto constitucional, "[…] así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". De esta forma, el artículo 5 de la CPR dispone que el derecho convencional internacional de los derechos humanos, válidamente incorporado al derecho doméstico por medio de su ratificación, constituye un cuerpo jurídico vinculante y de aplicación preferente en el derecho interno, que se erige como un límite material que irradia a todo el ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria[20] e incluso los máximos tribunales de justicia del país, tales como la Corte Suprema[21] y el Tribunal Constitucional de Chile. Este último órgano jurisdiccional, incluso ha hecho extensiva dicha incorporación a los dictámenes y pronunciamientos de los órganos de control de tratados, en cuanto son intérpretes oficiales de dichos instrumentos[22].

20 En este sentido ver: Nogueira (2012); Nash (2012); Ribera (2007); Ruiz Tagle (2006); Pfeffer (2003); Bertelsen (1996).

21 En este sentido ver: Corte Suprema (2007); y Corte Suprema (2008).

22 En este sentido ver: Tribunal Constitucional (2014a); y Tribunal Constitucional (2014b).

Ahora bien, tal como se señaló, hasta la fecha el único tratado internacional sobre derechos humanos que aborda específicamente los derechos de los pueblos indígenas es el Convenio 169 de la OIT, el cual fue ratificado por Chile y se encuentra vigente. Sin embargo, existen otros tratados de derechos humanos en relación a los cuales los respectivos organismos de control de tratados han desarrollado una jurisprudencia relevante que ha recogido de manera progresiva los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Este es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR) de 1965; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) de 1965; entre otros[23]. Todos estos instrumentos internacionales corresponden a tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes, por lo cual sus disposiciones así como las interpretaciones oficiales que realizan los respectivos organismos de control se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son vinculantes.

a) Principios generales: Deber del Estado de proteger los derechos de los pueblos indígenas y adoptar medidas especiales de salvaguarda

	Ley Nº 19.253	**Convenio 169 de la OIT**
Deber de proteger y adoptar medidas especiales de salvaguarda	Artículo 1°, inciso 3º: "Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación".	Artículo 2: "1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida".
		Artículo 4: "1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales".

23 En este sentido, de particular relevancia ha sido la jurisprudencia elaborada por el Comité de Derechos Humanos en relación con los artículos 27 (derecho de las minorías) y 1 (libre determinación) del PIDCP; el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus observaciones generales a diversas disposiciones del PIDESC; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) en relación con el artículo 5 y otras disposiciones conexas de la CIEFDR; y la Corte IDH y la CIDH, particularmente, en relación con el artículo 21 de la Convención Americana.

Como es posible apreciar, tanto la Ley Nº 19.253 como el Convenio 169 de la OIT consagran el deber general del Estado de proteger, respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, por medio de la adopción de medidas especiales de salvaguarda. Sin embargo, consistente con su objetivo de superar la orientación asimilacionista de las normas anteriores, el Convenio 169 de la OIT es enfático en señalar que dicha acción de respeto y protección debe llevarse a cabo "con la participación de los pueblos interesados" y por medio de "una acción coordinada y sistemática", y que la adopción de medidas de salvaguarda no deben ser "contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados".

b) Derecho a la tierra, territorios y a los recursos naturales

	Ley Nº 19.253	Convenio 169 de la OIT
Reconocimiento de la importancia especial de las tierras o territorios para los pueblos indígenas	Artículo 1°, inciso 1º: "El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura".	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".

Si bien a simple vista pareciera que la Ley Nº 19.253 reconoce la relación especial que los pueblos indígenas mantienen con su territorio, dicho reconocimiento se reduce a la "tierra", término que, como analizaremos más adelante, tiene un significado restringido que no incorpora el concepto de territorialidad recogido en el Convenio 169 de la OIT, el cual abarca la totalidad del "hábitat" que dichos pueblos utilizan u ocupan de una u otra manera, lo que implica otros recursos y bienes naturales comunes de uso ancestral.

Efectivamente, el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido que los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico de sus formas y modalidades diversas y específicas de control, propiedad, uso y goce de sus territorios, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo. De esta forma, tal como ha sostenido la Corte IDH, la relación única de los pueblos indígenas con su territorio tradicional:

> "[…] puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura" (Corte IDH, 2006, párr. 131).

A nivel regional, la Corte IDH ha sido enfática al subrayar que la cultura de los pueblos indígenas corresponde a una forma particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios y recursos naturales presentes en ellos, no solo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino, además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural (2005, párr. 135). De esta manera, tanto la Corte IDH

como la CIDH han concluido que los instrumentos interamericanos de derechos humanos protegen el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y los tribales a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente (CIDH, 2009). En este sentido, los Estados tienen la obligación de proteger los territorios indígenas y la relación entre esta base territorial y los pueblos indígenas y tribales, como medio para permitir el ejercicio de su vida espiritual, así como otros derechos humanos fundamentales.

	Ley Nº 19.253	**Convenio 169 de la OIT**
Definición de "tierras" o "territorios" de pueblos indígenas	Artículo 12: "Son tierras indígenas: 1° Aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: a) Títulos de comisario de acuerdo a la ley de 10 de junio de 1823. b) Títulos de merced de conformidad a las leyes de 4 de diciembre de 1866; de 4 de agosto de 1874, y de 20 de enero de 1883. c) Cesiones gratuitas de dominio efectuadas conforme a la ley N° 4.169, de 1927; ley N° 4.802, de 1930; decreto supremo N° 4.111, de 1931; ley N° 14.511, de 1961, y ley N° 17.729, de 1972, y sus modificaciones posteriores. d) Otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como, la ley N° 16.436, de 1966; decreto ley N° 1.939, de 1977, y decreto ley N° 2.695, de 1979, y e) Aquellas que los beneficiarios indígenas de las leyes N° 15.020, de 1962, y N° 16.640, de 1967, ubicadas en las Regiones VIII, IX y X, inscriban en el Registro de Tierras Indígenas, y que constituyan agrupaciones indígenas homogéneas lo que será calificado por la Corporación. 2° Aquellas que históricamente han ocupado y poseen las personas o comunidades mapuches, aimaras, rapa nui o pascuenses, atacameñas, quechuas, collas, kawashkar y yámana, siempre que sus derechos sean inscritos en el Registro de Tierras Indígenas que crea esta ley, a solicitud de las respectivas comunidades o indígenas titulares de la propiedad. 3° Aquellas que, proviniendo de los títulos y modos referidos en los números precedentes, se declaren a futuro pertenecientes en propiedad a personas o comunidades indígenas por los Tribunales de Justicia. 4° Aquellas que indígenas o sus comunidades reciban a título gratuito del Estado. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. La propiedad de las tierras indígenas a que se refiere este artículo, tendrá como titulares a las personas naturales indígenas o a la comunidad indígena definida por esta ley. Las tierras indígenas estarán exentas del pago de contribuciones territoriales".	Artículo 13.2: "La utilización del término "tierras" […] 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".

Como es posible apreciar, la Ley Nº 19.253 considera como "tierras indígenas": 1) aquella que actualmente ocupan, en propiedad o posesión, comunidades o personas indígenas y que tengan por antecedente algún título reconocido por el Estado; 2) aquellas que han poseído y ocupado

históricamente, comunidades o personas indígenas, a condición de que se encuentren debidamente inscritas en el registro de tierras de CONADI; y 3) aquellas cedidas por el Estado a personas o comunidades indígenas, y las que en el futuro los tribunales de justicia declaren como tales. Como es posible apreciar en la tabla precedente, la conceptualización legal del término de "tierras indígenas" de la Ley Nº 19.253 no se ajusta al concepto contenido en el Convenio N°169, que incluye, además del de "tierras", el de "territorios", y precisa que los elementos que determinan dicha condición de una región son la ocupación y uso tradicional que los pueblos indígenas hagan de ella. Además, de acuerdo con el artículo 14.1 del Convenio N°169, determina que los patrones de ocupación y utilización tradicional de la tierra y el territorio por parte de los pueblos indígenas son el fundamento de sus derechos de propiedad (o posesión) y uso, respectivamente.

	Ley Nº 19.253	Convenio 169 de la OIT
Mecanismos para la ampliación de tierras indígenas y solucionar las reivindicaciones de tierras	**Mecanismos para el reconocimiento de las tierras y solución de conflictos para los pueblos indígenas en general** El artículo 20 de la Ley creó el "Fondo para Tierras y Aguas Indígenas" administrado por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI). A través de este Fondo la CONADI puede, entre otras cosas: "a) Otorgar subsidios para la adquisición de tierras por personas, Comunidades Indígenas o una parte de éstas cuando la superficie de las tierras de la respectiva comunidad sea insuficiente, con aprobación de la Corporación […] b) Financiar mecanismos que permitan solucionar los problemas de tierras, en especial, con motivo del cumplimiento de resoluciones o transacciones, judiciales o extrajudiciales, relativas a tierras indígenas en que existan soluciones sobre tierras indígenas o transferidas a los indígenas, provenientes de los títulos de merced o reconocidos por títulos de comisario u otras cesiones o asignaciones hechas por el Estado en favor de los indígenas". **Tipos de dominio que deben salvaguardarse en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad sobre las tierras de los pueblos indígenas del norte (aimaras, likanantai, quechuas, collas y diaguitas)** "Artículo 63.- La Corporación, en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de las comunidades señaladas en este párrafo, deberá salvaguardar los siguientes tipos de dominio: a) Tierras de propiedad de indígenas individualmente considerados, que por lo general comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo y forrajes; b) Tierras de propiedad de la Comunidad Indígena constituida en conformidad con esta ley y correspondientes, por lo general, a pampas y laderas de cultivo rotativas. c) Tierras patrimoniales de propiedad de varias Comunidades Indígenas, tales como pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado auquénido".	"Artículo 14 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

Como se aprecia, el artículo 14.1 del Convenio 169 reconoce una serie de derechos a los pueblos indígenas sobre sus territorios, distinguiendo entre el derecho de propiedad y posesión ancestral (cuyo fundamento es la ocupación ancestral y no la existencia de un título reconocido por el Estado), y el derecho a utilizar tierras o hábitats que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las

que hayan tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Respecto al derecho de propiedad o posesión de los pueblos indígenas sobre sus tierras de ocupación tradicional, la misma disposición consagra una serie de obligaciones estatales que se derivan de dicho derecho. Estas obligaciones consisten en: 1) demarcar y titular las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente (artículo 14.2); 2) brindar protección efectiva y seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra de los pueblos indígenas (artículo 14.2); e 3) instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos indígenas (artículo 14.3), lo que significa que el derecho de propiedad de estos pueblos no solo se refiere a aquellas tierras ocupadas actualmente por los indígenas, sino que también a aquellas tierras que tradicionalmente han ocupado, que han perdido o de las que han sido desplazados[24].

Ahora bien, los mecanismos que el Estado ha utilizado desde el año 1993 para la ampliación de las tierras de los pueblos indígenas y solucionar las reivindicaciones de dichos pueblos, son los que ofrece la Ley Nº 19.253. La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) es el órgano responsable de la política de tierras indígenas y tiene a su cargo un Registro Público, el que está integrado por aquellas tierras que son reconocidas en esa calidad por el Estado. Los mecanismos contemplados en la Ley Nº 19.253, funcionan por medio de la compraventa de tierras en el mercado, a través del "Fondo de Tierras y Aguas Indígenas" que administra CONADI. La política de tierras indígenas llevada a cabo por conducto del Fondo de Tierras y Aguas Indígenas, cuenta con dos instrumentos fundamentales orientados a garantizar el acceso, ampliación y restitución de tierras en conflicto. El primero de estos instrumentos (artículo 20 letra A de la Ley Nº 19.253) consiste en el otorgamiento de subsidios dirigidos a personas o comunidades Indígenas, a través de un aporte estatal directo, sin cargo de restitución, destinado a la adquisición de tierras. Se accede al mismo mediante un sistema de postulación (concursos anuales), siendo el monto máximo al que asciende este subsidio 20 millones de pesos. Si bien a través del otorgamiento de subsidios (artículo 20 literal a) de la Ley Nº 19.253) y el saneamiento de tierras a favor de los indígenas se ha podido revertir la tendencia histórica a la disminución de las tierras indígenas, la cobertura de los programas públicos de tierras es insuficiente en relación con las necesidades de tierras indígenas y se ha concentrado en territorio mapuche. En efecto, tal como señala el INDH, desde la entrada en vigencia de este subsidio en el año 1995, hasta el año 2014, se han organizado un total de 14 concursos, adquiriéndose por concepto de subsidios individuales un total de 21.325,2 hectáreas, lo que ha significado una inversión pública de 33.732 millones de pesos (INDH, 2014: 238).

El segundo de los instrumentos diseñados en la Ley Nº 19.253 corresponde a un mecanismo orientado a solucionar, total o parcialmente, conflictos por la propiedad de la tierra entre un particular y comunidades indígenas, en casos en que los derechos de propiedad indígena fueron reconocidos

24 Estas obligaciones estatales derivadas del derecho de propiedad y posición de los pueblos indígenas sobre sus tierras de ocupación tradicional han sido recogidas y desarrolladas en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para una lectura del desarrollo de estos estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ver CIDH (2009).

previamente por Estado (artículo 20 letra b) de la Ley Nº 19.253)[25]. Este mecanismo ha presentado, básicamente, dos problemas. En primer lugar, la exigencia de que las tierras en conflicto provengan de algún título previamente reconocido por el Estado, ha restringido la posibilidad de que los pueblos indígenas formulen reivindicaciones sobre tierras de ocupación tradicional sobre las que el Estado no ha otorgado anteriormente un título de propiedad a favor de alguna comunidad indígena. Esto contrasta con el estándar internacional desarrollado en esta materia. En efecto, tal como ha señalado la Comisión de Expertos en Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT:

> "[…] el procedimiento, para que sea adecuado, debe estar encaminado a que los pueblos indígenas puedan solucionar las reivindicaciones de tierras demostrando la ocupación tradicional. Si los pueblos indígenas no pudieran hacer valer la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y de posesión, el artículo 14 del Convenio se vaciaría de contenido. La Comisión es consciente de la complejidad de plasmar este principio en la legislación, así como de diseñar procedimientos adecuados, pero subraya al mismo tiempo que el reconocimiento de la ocupación tradicional como fuente de derechos de propiedad y posesión mediante un procedimiento adecuado, es la piedra angular sobre la que reposa el sistema de derechos sobre la tierra establecido por el Convenio" (2009b).

A nivel regional, tanto la CIDH como la Corte IDH, al referirse en particular al derecho de propiedad garantizado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 21) en el contexto de los pueblos indígenas y tribales, han producido jurisprudencia clave sobre los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras comunales[26]. Uno de los ejemplos más emblemáticos en este sentido se dio en el fallo de la Corte IDH en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua en 2001 (Corte IDH, 2001). Este precedente es relevante, pues fue la primera sentencia vinculante en que se confirmó que los derechos de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras comunales emanaban de su ocupación tradicional, y no de un título extendido por el Estado que reconociera dicha propiedad (Corte IDH, 2001). Además, la Corte IDH sostuvo que los miembros de los pueblos indígenas que hubieran salido de sus tierras tradicionales o interrumpido su posesión sobre

25 Este mecanismo de solución se otorga previo informe jurídico, social y ocupacional (referido a la ocupación del bien raíz), también conocido como informe de "aplicabilidad". Se trata de un pronunciamiento de factibilidad sustentado en los antecedentes y títulos expuestos por la comunidad. El acto administrativo, en términos generales, contempla que la comunidad, una vez declarada la aplicabilidad, designe tres predios posibles a ser adquiridos, realizándose sobre ellos la tasación, estudios agronómicos y topográficos. El proceso contempla una negociación para la compra del predio que culmina, de prosperar las negociaciones, en la dictación de una resolución que aprueba la compra y que, de concretarse, se inscribe en el Registro de Bienes Raíces respectivo en el Registro de Tierras Indígenas de CONADI. La autoridad responsable para la asignación del mecanismo y la compra del predio es la Dirección Nacional de la CONADI, quien en esta materia actúa en mérito de criterios prioritarios establecidos en el Reglamento (D.S. Nº 395/1994, Ministerio de Planificación y Cooperación), consistentes en el número de personas o comunidades involucradas; la gravedad de las situaciones sociales que afectan a los peticionarios/as y la antigüedad del problema.

26 Tal como señaló la Corte IDH en este caso: "[m]ediante 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, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua" (Corte IDH, 2001, párr. 148).

éstas, no perdían su derecho de propiedad, incluso cuando hubieran sido expropiadas o trasladadas a terceros, salvo cuando las tierras hubieran sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe.

La preocupación por la inexistencia en la legislación nacional de mecanismos que posibiliten la restitución de tierras de ocupación tradicional ha sido manifestada por diversas instancias de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, requiriéndose al Estado de Chile que adecúe su legislación interna a los estándares internacionales. Así lo ha hecho a nivel interno el INDH en su Informe Anual sobre la situación de los derechos humanos en Chile del año 2014. Por su parte, a nivel internacional, el anterior Relator Especial para la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, James Anaya, manifestó el año 2009 su preocupación por la inexistencia de un mecanismo en la ley para el reconocimiento de los derechos a la tierra o a los recursos naturales basado en la ocupación ancestral indígena, conforme a previas recomendaciones y al derecho internacional sobre la materia[27]. En la misma línea, el año 2014, la CEACR de la OIT formuló un llamado al Estado para que en la próxima memoria informe sobre la necesaria adecuación del mecanismo interno de regularización de tierras y territorios de conformidad a lo estipulado en el Convenio 169[28]. Finalmente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas también ha expresado su preocupación al observar que "[e]l mecanismo de compra de tierras para las comunidades indígenas es todavía insuficiente para garantizar el derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas", debiendo el Estado redoblar "[…] sus esfuerzos encaminados para garantizar el pleno derecho a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas"[29].

En segundo lugar, dado que el mecanismo instituido en nuestro ordenamiento jurídico interno para solucionar las reivindicaciones formuladas por los pueblos indígenas utiliza la adquisición de las tierras en conflicto en el mercado, por medio de la compraventa de éstas, en la práctica se ha mostrado extremadamente lento e ineficiente para solucionar las reivindicaciones formuladas por los pueblos indígenas. Esto, como consecuencia, fundamentalmente, de la insuficiencia de los recursos destinados a CONADI para estos efectos y la incapacidad del Estado para adquirir dichas tierras sin la voluntad de sus actuales propietarios legales, al mismo tiempo que se ha favorecido prácticas especulativas (INDH, 2014: 243-244) [30].

27 James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Informe sobre su visita de trabajo a Chile, los días 5 al 9 de abril de 2009, Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/12/34/Add.6, 14 de septiembre 2009, párr. 54.

28 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. ILC.103/III(1A). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, 2014.

29 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 111º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2014, párr. 10.

30 De acuerdo al INDH, desde el año 1994 al año 2014, mediante la implementación de este mecanismo, se han adquirido un total de 147.733 hectáreas, invirtiéndose en ello la suma de 217.936 millones de pesos. Sin embargo, a octubre de 2014 existían 158 comunidades con resolución de aplicabilidad sin solución. Todas corresponden a comunidades mapuche, de las cuales 142 están radicadas en la Región de La Araucanía; siete en la Región de Los Ríos; cinco en la Región del Biobío; y cuatro en la región de Los Lagos. Junto a lo anterior, al año 2014, existían casos en que la espera de aplicabilidad del mecanismo ha sido de más 17 años sin que hasta la fecha se obtenga una solución satisfactoria (INDH, 2014: 240).

Finalmente, hay que señalar que, a diferencia de la legislación dictada en el pasado en Chile con relación a los indígenas, esta es una ley aplicable a los distintos pueblos (o etnias en este caso) indígenas del país, permitiendo la protección y reconocimiento de tierras (y aguas) indígenas para pueblos cuyas tierras no habían sido objeto de reconocimiento o regulación jurídica en el pasado. Este es el caso de los pueblos indígenas del norte del país (Aimara, Atacameño, Colla y Quechua), cuyos derechos de propiedad son regulados en el Párrafo 2º del Título VIII de la Ley Nº 19.253. Entre las disposiciones contenidas en dicho capítulo destaca el artículo 63, que establece los "tipos de dominio" que se debe "salvaguardar" en los procesos de saneamiento y constitución de la propiedad de los Atacameños y demás comunidades indígenas del norte del país, dando cuenta de que se trata de dominios que existen previamente a que la autoridad proceda a sanearlos o a constituir propiedad legal sobre dichas tierras, debido a que tienen su fundamento en el uso y ocupación ancestral de las personas indígenas o las comunidades. En estos "tipos de dominio", dicho artículo reconoce: las tierras de propiedad indígena individual, que comprenden la casa habitación y terrenos de cultivo; las tierras de propiedad de la comunidad, que comprenden pampas y laderas de cultivo rotatorio; y las tierras patrimoniales de varias comunidades, que comprenden pastizales, bofedales, cerros, vegas y otras de uso del ganado. Como se aprecia, el artículo 63 de la Ley Nº 19.253 provee de pautas no tan solo para el reconocimiento sobre las tierras de ocupación individual, sino que también para aquellas de uso y ocupación colectiva de una comunidad o de varias comunidades.

El interés del Estado porque dichos tipos de dominio de las comunidades indígenas del norte sean reconocidos efectivamente por medio de la demarcación y titulación de sus tierras, se aprecia al observar lo señalado en el inciso 1º del artículo 3º transitorio de la Ley Indígena, que dispone que:

> "La Corporación realizará, en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales, durante los tres años posteriores a la publicación de esta ley [1993], un plan de saneamiento de títulos de dominio sobre las tierras aimaras y atacameñas de la I y II regiones, de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo 2° del Título VIII".

Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha, los procesos de saneamiento de las tierras de ocupación ancestral de los pueblos indígenas del norte han presentado diversos problemas. En efecto, si bien se ha logrado catastrar gran parte de las tierras ancestrales de dichos pueblos, que en su mayoría corresponde a bienes fiscales, en la práctica los procesos de transferencia se han llevado a cabo sobre fracciones muy menores de las tierras catastradas y, en muchos casos, se han verificado a través de instrumentos de destinaciones de bienes fiscales, como las concesiones de uso y otros títulos precarios, sin garantizar el derecho de propiedad de las comunidades que han ocupado y hecho uso de esos terrenos desde tiempos inmemoriales (INDH, 2014: 243).

	Ordenamiento Jurídico Interno	Convenio 169 de la OIT
Derechos sobre los recursos naturales	**Derechos sobre las aguas para los pueblos indígenas en general en la Ley Nº 19.253**	Artículo 15.1: "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".
	El "Fondo para Tierras y Aguas Indígenas" creado por el artículo 20 de la Ley permite, entre otras cosas: "c) Financiar la constitución, regularización o compra de derechos de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso".	
	Derechos sobre las aguas para los pueblos indígenas del norte (aimaras, likanantay, quechuas, collas y diaguitas) en la Ley N° 19.253	
	"Artículo 64.- Se deberá proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de agua sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten a las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas".	
	Ley Nº 20.249, que "crea el espacio costero marino de pueblos originarios"	
	La Ley Nº 20.249 creó el denominado "espacio costero marino de pueblos originarios", cuyo objetivo es resguardar el uso consuetudinario de los pueblos indígenas vinculados al borde costero, a fin de mantener sus tradiciones y el uso de los recursos naturales existentes en éste. Tal como se señala en el artículo 6 de la Ley, "[e]l espacio costero marino de pueblos originarios deberá fundarse siempre en el uso consuetudinario del mismo que han realizado los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad solicitante", entendiéndose por "uso consuetudinario las prácticas o conductas realizadas por la generalidad de los integrantes de la asociación de comunidades o comunidad, según corresponda, de manera habitual y que sean reconocidas colectivamente como manifestaciones de su cultura".	

Como es posible apreciar, el Convenio N°169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, lo que comprende su derecho a usar, administrar y conservar dichos recursos, conforme a sus propios sistemas de tenencia y costumbres tradicionales. Asimismo, se establece que, en caso de que pertenezca al Estado la propiedad sobre los recursos existentes en los territorios de los pueblos indígenas, los gobiernos tienen el deber de establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos, al mismo tiempo que deben garantizar los derechos de estos pueblos a participar en los beneficios que reporten tales actividades y a percibir una indemnización justa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las mismas. Se trata de derechos fundamentales que los Estados tienen el deber de proteger y respetar, para la estabilidad y mantención de los sistemas productivos de los pueblos indígenas basados en la utilización de su territorio, ya que son esenciales para el bienestar individual y colectivo, así como la reproducción cultural y social de dichos pueblos. Así, desconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales de ocupación y uso ancestral supone privar a las comunidades de la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus derechos de propiedad.

Sin perjuicio de dicho reconocimiento internacional en el Convenio 169 de la OIT, tratado internacional sobre derechos humanos que, como se señaló, se incorpora con un estatus jurídico preponderante a nuestro ordenamiento jurídico, el Estado de Chile no ha adoptado medidas administrativas y legislativas para garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales de uso y ocupación ancestral en las regulaciones sectoriales. La presión por la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas va en aumento, y la evidencia empírica muestra que el Estado, lejos de controlar la demanda, ha favorecido el otorgamiento indiscriminado de concesiones para la explotación industrial de recursos naturales presentes en territorios de pueblos indígenas. Así, el Estado, a través del régimen de concesiones privadas sobre dichos recursos, ha propiciado procesos de concentración privada de recursos naturales en el territorio de los pueblos indígenas, incluyendo la concentración de la propiedad sobre las aguas, los yacimientos mineros, fuentes de energía geotérmica e hidráulica, recursos del mar y otros recursos naturales en manos de empresas de gran envergadura, nacionales y transnacionales, que evidencian las tendencias monopólicas del modelo (Aylwin *et al*., 2013). Las leyes sobre las cuales se estructura la industria extractiva de recursos naturales en Chile son, fundamentalmente, el Código de Aguas y sus modificaciones; el Código de Minería y la Ley N° 18.097 de 1982 sobre Concesiones; la Ley de Pesca y Acuicultura de 1981 y sus modificaciones; la Ley N° 19.713 de 2001, que establece como medida de administración el límite máximo de captura por armador a las principales pesquerías industriales nacionales; el Decreto Ley N° 701 de Fomento Forestal y sus modificaciones; la Ley N° 20.283 de Bosque Nativo de 2008, y la Ley N° 19.657 del año 2000 sobre Concesiones Geotérmicas.

Dicha regulación de los recursos naturales contrasta con los mecanismos que nuestro ordenamiento jurídico interno considera para garantizar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales de uso y ocupación tradicional. En efecto, en el caso de las aguas, la Ley Nº 19.253 permite de manera general financiar la constitución, regulación y compra de derechos de aguas, desconociendo los derechos vigentes de los pueblos indígenas sobre sus recursos hídricos basados en sus sistemas de tenencia tradicional. La excepción a esto se da en el caso de los pueblos indígenas del norte del país. El artículo 64 de la Ley Nº 19.253 dispone la protección especial de las aguas de las comunidades indígenas del norte del país, considerando la importancia cultural de las aguas para estos pueblos y la escasez hídrica en su hábitat ancestral, lo que ha permitido fundar la regularización de las aguas de las comunidades andinas del norte del país. La misma ley, además, contempla normas especiales para la constitución del derecho sobre el agua en favor de las comunidades que pertenecen a los pueblos indígenas del norte, disponiendo que serán bienes de propiedad y de uso de las referidas comunidades indígenas las aguas que se encuentren en sus terrenos, tales como ríos, canales, acequias y vertientes. Las comunidades gozan de este derecho preferente de constitución, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito conforme al Código de Aguas, lo que ha permitido que los tribunales restituyan esos derechos de agua constituidos por terceros ajenos a las comunidades indígenas demandantes[31], revertiéndose procesos de privatización amparados en el Código de Aguas de 1981 y la Constitución

31 Este derecho de propiedad ancestral indígena al agua ha sido reconocido consistentemente por la jurisprudencia chilena, siendo los casos más emblemáticos aquellos de la comunidad atacameña de Toconce (Corte Suprema, 2004) y el de la comunidad Chusmiza-Usmagama (Corte Suprema, 2009a).

de 1980[32]. Se establece, además, que no se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten las aguas de propiedad de varias comunidades indígenas, debiéndose, en ese caso, garantizar y priorizar el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas. A fin de implementar esta normativa y hacer efectivos los derechos que establece, la ley encomienda a la CONADI y a la Dirección General de Aguas (DGA) el establecimiento de un convenio para la protección, constitución y restablecimiento de los derechos de aguas de propiedad ancestral de las comunidades indígenas del norte (artículo 3 transitorio). El uso ancestral de las aguas se articula con la cosmovisión, el manejo del recurso y la actividad social y económica de las comunidades, esto es, con el aprovechamiento histórico y actual de las aguas (Aylwin, *et. al*., 2013). Pese a las múltiples negativas de las instituciones del Estado a reconocer este derecho ancestral, las comunidades indígenas del norte han podido proteger, gracias a su reconocimiento legal, sus aguas, y enfrentan actualmente las amenazas que entrañan las demandas extractivas y la explotación de los recursos hídricos existentes en sus territorios ancestrales por parte de empresas, industrias, ciudades y pueblos (Aylwin, *et. al*., 2013).

Otra situación excepcional de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales ocurre en el caso de aquellos pueblos que mantienen sistemas de vida y culturas que dependen de los recursos presentes en el borde costero. En efecto, como resultado de un largo proceso organizativo y de presión indígena liderado por los mapuche lafkenche, en 2008 se aprobó la Ley Nº 20.249 que crea el Espacio Costero Marino de los Pueblos Originarios (ECMPO). Dicha legislación confiere la administración de este espacio a una asociación de comunidades indígenas que invoca el uso consuetudinario y, excepcionalmente, a una comunidad indígena si solo ella ha ejercido este tipo de uso. El mecanismo legal por medio del cual se reconoce el territorio marítimo originario es por medio de un convenio de uso, de carácter indefinido, suscrito entre la Subsecretaría de Pesca y la asociación de comunidades o comunidad asignataria. El objetivo de dicha destinación es, precisamente, resguardar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades vinculadas al borde costero. Sin embargo, previo a la destinación a las comunidades o asociaciones titulares de los derechos, dicho espacio costero marino de pueblos originarios es entregado en destinación por el Ministerio de Defensa Nacional, específicamente la Subsecretaría de Marina, a la Subsecretaría de Pesca, entidad a la que corresponde suscribir el respectivo convenio de uso con la asociación de comunidades o comunidad asignataria.

Sin perjuicio de lo anterior, los amplios márgenes de discrecionalidad entregados a las entidades administrativas a cargo de la destinación de estos espacios, han provocado que en la práctica la Ley Nº 20.249 tenga una aplicación reducida. Esto se observa en que a mediados de 2016 solo nueve solicitudes de concesión de estos espacios costeros marítimos se encontraban otorgadas, o en proceso de ser otorgadas a comunidades o asociaciones indígenas (Ñancucheo, 2016).

32 Tanto la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 19 Nº 24, inciso 11) como el régimen establecido en el Código de 1981, permiten considerar el agua como un bien que se transa en el mercado. La concesión de derechos de aguas, bajo el modelo chileno, tiene la característica de ser un derecho real de aprovechamiento perpetuo que puede transarse libremente en el mercado de bienes y servicios sin ninguna restricción y que, en general, es gratuito, salvo que el titular no haga aprovechamiento productivo del recurso, caso bajo el cual debe pagar una patente por el no uso. Esto, sin perjuicio de que en nuestro ordenamiento jurídico las aguas siguen siendo formalmente consideradas como bienes nacionales de uso público. Así, el régimen de derecho de agua chileno ha derivado de un modelo de asignación administrativa condicionado y sujeto a reglas de caducidad para resguardar su función pública e intereses comunes, a uno donde la asignación y redistribución de los recursos hídricos se efectúa por el mercado, de modo tal que la condición de bien nacional de uso público pierde todo su contenido jurídico (Aylwin, et. al., 2013: 199).

c) Derechos políticos

El derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades en materia de desarrollo en el Convenio 169 de la OIT se concreta, entre otros principios relevantes, en los derechos de participación, consulta, a que se obtenga su consentimiento en determinados casos, así como en los derechos de autonomía y autogobierno. En lo que dice relación con los derechos de consulta y participación, el Convenio 169 de la OIT introdujo disposiciones relativas a estos derechos con el objetivo de eliminar el enfoque integracionista del anterior Convenio 107 de la misma organización, de tal manera de introducir mecanismos concretos y efectivos para que los pueblos indígenas pueden participar plenamente en la adopción de las decisiones susceptibles de afectarles (OIT, 2013: 11).

	Ley Nº 19.253	**Convenio 169 de la OIT**
Derecho de participación	Participación indígena	Participación en los planes y programas de desarrollo nacional y regional
	"Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios".	Artículo 7.1, frase final: "Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente".
	Participación en la dirección superior de CONADI	Participación en instituciones electivas y organismos administrativos
	Artículo 41 relativo a la dirección superior de la CONADI, señala que ésta estará a cargo de un **Consejo Nacional**[2] integrado por los siguientes miembros: "a) El Director Nacional de la Corporación, nombrado por el Presidente de la República, quien lo presidirá; b) Los Subsecretarios o su representante, especialmente nombrados para el efecto, de cada uno de los siguientes Ministerios: Secretaría General de Gobierno, de Planificación y Cooperación, de Agricultura, de Educación y de Bienes Nacionales; c) Tres consejeros designados por el Presidente de la República; d) Ocho representantes indígenas: cuatro mapuches, un aimara, un atacameño, un rapa nui y uno con domicilio en un área urbana del territorio nacional. Estos serán designados, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la República, conforme al reglamento que se dicte al efecto. Los consejeros a que se refieren las letras a), b) y c) se mantendrán en sus cargos mientras cuenten con la confianza de la autoridad que los designó y, los de la letra d), durarán cuatro años a contar de la fecha de publicación del decreto de nombramiento, pudiendo ser reelegidos".	Artículo 6.1 b): "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: […] b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan […]".

	Convenio 169 de la OIT	**Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 No 1 Letra a) y No 2 del Convenio No 169 de la OIT (Decreto Supremo Nº 66/2013, Ministerio de Desarrollo Social)**
Derecho de consulta	Artículo 6: "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente […]; 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".	Artículo 1º: "Objeto del reglamento. El presente reglamento tiene por objeto dar ejecución al ejercicio del derecho de consulta a los pueblos indígenas, el cual se realiza a través del procedimiento establecido en el presente instrumento por parte de los órganos señalados en el artículo 4º del presente reglamento, de acuerdo al artículo 6 Nº 1 letra a) y Nº 2 del convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado por el decreto supremo Nº 236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores, los tratados internacionales ratificados por Chile que versen sobre la materia que se encuentran vigentes y de conformidad a la Constitución Política de la República de Chile".

Junto al Convenio 169, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultado se encuentra estipulado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DNUDPI) (artículos 27 y 32, entre otros artículos)[33], así como en la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas (artículo XXIII). Además, en el contexto del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos, el derecho a la consulta y el deber estatal correlativo, se vinculan con múltiples derechos reconocidos en la Convención Americana, en particular con aquellos

33 La DNUDPI, fue adoptada el 13 de septiembre de 2007 por la Asamblea General de Naciones Unidas luego de dos décadas de debate, con el voto favorable de 144 Estados miembros, entre ellos el de Chile . Se trata de un hito en la construcción de un consenso internacional sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas. Si bien el valor jurídico de la DNUDPI en el derecho interno es materia de debate, toda vez que bajo el punto de vista del Derecho Internacional Público una declaración no tiene el mismo estatus jurídico de una convención o tratado internacional –ya que en el caso de las primeras sus normas no tienen efectos jurídicos vinculantes, como sí ocurre en caso de las segundas–, la adopción de este instrumento internacional supone una emisión sería de voluntades fruto de un consenso. Esto implica que es un acuerdo que seriamente pretende ser aplicado y asumido por los Estados miembros de la Asamblea de Naciones Unidas. Sin perjuicio de esto, en la actualidad. la Corte IDH ha aplicado la DNUDPI en varias de sus sentencias, cuando ha debido pronunciarse sobre vulneraciones de derechos a Pueblos Indígenas en nuestro continente americano, lo que resulta ser un argumento a favor del reconocimiento de ésta como parte integrante del jus cogens. Otro punto importante es cómo se vincula la DNUDPI con el Convenio 169 de la OIT. En efecto, el artículo 35 del Convenio 169 de la OIT se pone en el caso de existan otros instrumentos jurídicos, cualquiera sea su naturaleza, ya sean de carácter nacional o internacional, más favorables que el Convenio, en cuyo caso éste no puede implicar un menoscabo a los derechos y ventajas garantizados en aquellos instrumentos.

consagrados en los artículos 1.1 (obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos)[34], 21 (derecho de propiedad)[35] y 23 (derecho a la participación de los asuntos públicos)[36].

Tal como ha sido reconocido por diversos organismos e instancias expertas a nivel internacional, la consulta es un mecanismo consagrado para garantizar efectivamente los derechos de los pueblos indígenas y los pueblos tribales. En este sentido, la CIDH ha señalado que, si bien es fundamental que los procesos de consulta se realicen respetando las garantías procedimentales que la rigen, el cumplimiento de este derecho no debe estar enfocado únicamente en el cumplimiento de dichas garantías, dado que:

> "[…] la participación efectiva en la toma de decisiones es un mecanismo para garantizar efectivamente los derechos de los pueblos indígenas y tribales que se verían afectados por los planes y proyectos de extracción, explotación o desarrollo que buscan ser ejecutados dentro de sus tierras y territorios. Estos son el derecho a la vida, integridad, salud, participación, territorio, medio ambiente, entre otros. Tales derechos deben de guiar las garantías procesales […]. En caso que las garantías procesales y de fondo no se vean cumplidas en el proceso de consulta, no puede afirmarse que la consulta ha sido realizada de manera compatible con los estándares interamericanos en la materia. Es preocupante advertir que, en general, existe una gran desazón entre los pueblos indígenas y tribales en la región en cuanto a que el modo en que está implementándose este derecho, desde un punto de vista principalmente formalista, permita efectivamente asegurar el respeto y garantía de los demás derechos que pueden verse afectados" (CIDH, 2009, párr. 176).

En términos similares, el ex Relator Especial, James Anaya, señaló en sus recomendaciones realizadas a Chile en relación con los principios internacionales aplicables a la consulta en materia de derechos de pueblos indígenas, que:

34 CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Serie C Nº 245. párr. 166.

35 La Corte IDH ha interpretado el artículo 21 de la Convención Americana a la luz de las obligaciones contendidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En el *Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte determinó que Surinam, no obstante no ser parte del Convenio 169 de la OIT, sí había ratificado tanto el PIDCP y PIDESC. En consecuencia, la Corte IDH acudió al texto de estos instrumentos, tal y como habían sido interpretados respectivamente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a efectos de determinar el contenido del artículo 21 de la Convención Americana en su aplicación a Surinam en este caso, afirmando que las salvaguardas relativas "a la participación efectiva y la participación en los beneficios respecto de los proyectos de desarrollo o inversión dentro de los territorios tradicionales indígenas y tribales, son consistentes con las observaciones del Comité de Derechos Humanos, el texto de distintos instrumentos internacionales y la práctica de varios Estados Parte de la Convención" (párr. 130). CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam… Ob. Cit*.

36 Tal como sostuvo la Corte IDH en el *caso Yatama vs. Nicaragua*, el derecho a la participación política en el contexto de los pueblos indígenas incluye el derecho de los pueblos indígenas y tribales a "[…] participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos [...] desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización". CORTE IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 127, párr. 225.

> "Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, esta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas, a la luz de los derechos internacionalmente reconocidos, para acercar posturas divergentes y para propiciar una mayor participación e inclusión de los pueblos indígenas en las estructuras institucionales del Estado" (2009, párr. 25).

De esta forma, el derecho de consulta es un derecho de contenido procedimental, pero que se orienta a un objetivo sustantivo: la visibilización de los impactos que determinadas medidas pueden tener sobre los derechos de los pueblos indígenas, con el propósito de brindar protección a los derechos sustantivos de dichos pueblos, tales como sus derechos culturales y territoriales.

En el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado las garantías mínimas del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, estableciéndose que: 1) la obligación de consultar es responsabilidad del Estado y, por ende, no puede ser delegada a las empresas; 2) la consulta debe ser previa; 3) la consulta debe ser libre y llevarse a cabo de buena fe; 4) la consulta debe ser informada; 5) la consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas; 6) la consulta se debe realizar con el objeto de lograr un acuerdo u obtener el consentimiento, salvo que el consentimiento sea requisito esencial.

A continuación se desarrollaran cada uno de dichos estándares, enfatizando en aquellos que resultan ser más relevantes y problemáticos para el caso en análisis.

i. La obligación de consultar es una responsabilidad del Estado de carácter indelegable

Actualmente no existe discusión respecto a que la consulta es una obligación cuya implementación es de exclusiva responsabilidad de los Estados. Así se desprende de forma clara del artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, lo que ha sido reconocido, además, de manera expresa por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR)[37]. En el mismo sentido, a nivel regional, tanto la CIDH como la Corte IDH han sido enfáticas en señalar que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado en todos sus niveles, por lo que la planificación y realización de los procesos de consulta no pueden delegarse a empresas privadas o a terceros, mucho menos a la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta[38]. De esta manera, la CIDH ha sostenido que no debe confundirse los procesos de "socialización" temprana que hacen las empresas interesadas o terceros con los pueblos indígenas sobre proyectos determinados con los procesos de consulta que deben de ser realizados por los Estados[39].

37 OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Observación 2010/81. Pueblos Indígenas y tribales.* 2010, CEACR-2010-O-S20-GEN-Sp.doc/v.3, p. 10.

38 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Serie C Nº 245., 2012, párr. 187.

39 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.* 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, párr. 178.

ii. La consulta debe ser previa

Tal como ha señalado la CEACR de la OIT, al especificar el carácter previo de la consulta en el contexto de los proyectos de inversión o desarrollo susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, esto "[…] implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental"[40]. En el mismo sentido, al examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio 169 de la OIT, por el desarrollo de proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio ancestral del Pueblo Shuar, el Consejo de Administración de la OIT sostuvo que el derecho a la consulta previa requiere:

> "[…] que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar libremente a todos los niveles en la formulación, aplicación y evaluación de medidas y programas que les afecten directamente, a partir de la fecha en que el Convenio entró en vigor en el país. Además, los artículos 2, 1); 2, 2), b); 6; 7 y 15, 2) implican la obligación de desarrollar un proceso de consulta previa con los pueblos indígenas del país antes de tomar medidas susceptibles de afectarles directamente, tales como la firma de un contrato autorizando actividades relacionadas con la exploración o explotación de hidrocarburos en su territorio ancestral, o con la continuación de las actividades iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio. La obligación de consulta previa implica que se deberá consultar a los pueblos interesados antes de finalizar el estudio ambiental y el plan de gestión ambiental cuando estipula que el Gobierno deberá «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»"[41].

En idénticos términos se han pronunciado los órganos del Sistema Interamericano. Así, la Corte IDH, en el caso de consultas realizadas en el contexto de proyectos de explotación de recursos naturales, ha sostenido:

> "[…] el Estado debe garantizar […] [los] derechos de consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad indígena o tribal, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo, estos procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones"[42].

---

40 OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Observación 2010/81. Pueblos Indígenas y tribales. … Ob. Cit.*, p. 8.

41 OIT. Consejo de Administración. *Reclamación (artículo 24)-ECUADOR-C169.2001. Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL). Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL).* párr. 39.

42 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador… Ob. Cit.*, párr. 167.

De la misma forma, la Corte IDH ha observado:

> "[…] que se debe consultar, de conformidad con las propias tradiciones del pueblo indígena, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado"[43].

Como se aprecia, la exigencia de que la consulta deba ser previa en el contexto de la proyectos de desarrollo o inversión en territorios de pueblos indígenas se vincula directamente con la posibilidad que tienen estos pueblos de poder incidir efectivamente, no solo en la evaluación de los impactos del proyecto, sino también en el diseño y planeación de un determinado proyecto de inversión.

En lo que dice relación con las consultas relativas a medidas legislativas, el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, en su Informe sobre los Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile (abril 2009), señaló que "[…] los pueblos indígenas deberán ser consultados previamente en todas las fases del proceso de producción normativa, y dichas consultas no deben ser restringidas a propuestas iniciales siempre que tengan relación con las ideas matrices de la medida en cuestión".

iii. La consulta debe ser libre y llevarse a cabo de buena fe

Las exigencias de que las consultas sean libres y se lleven a cabo de buena se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. En efecto, que la consulta sea libre significa que ésta debe estar exenta de manipulación, intimidación o coerción. A su vez, que la consulta se realice de buena fe implica que ésta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación"[44] y responder al objetivo último de establecer "un diálogo genuino entre las partes caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común"[45].

En el mismo sentido, la Corte IDH ha señalado que:

> "[…] es inherente a toda consulta con comunidades indígenas, el establecimiento de "un clima de confianza mutua" y la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia. Adicionalmente, la misma consulta de buena fe es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través

43 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador… Ob. Cit*., párr. 180. En el mismo sentido: CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam… Ob. Cit*., párr. 133.

44 OIT. Consejo de Administración. *Reclamación (artículo 24)-BRASIL-C169–2009. Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Brasil del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Sindicato de Ingenieros del Distrito Federal (SENGE/DF).* párr. 42.

45 OIT. Consejo de Administración. *Reclamación (artículo 24)-ECUADOR-C169.2001… Ob. Cit*., párr. 38.

de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales"[46].

iv. La consulta debe ser informada

Que la consulta deba ser informada significa que los pueblos indígenas deben tener a disposición toda la información sobre la medida a ser consultada. En el caso de los proyectos o planes de inversión en los territorios de los pueblos indígenas, la información implica que los pueblos interesados deben poder conocer, con la suficiente antelación, cuáles son los posibles riesgos y daños que implicaría el plan de desarrollo o inversión propuesto. En este sentido, la consulta informada:

> "[…] debería implicar que se proporcione información que abarque (por lo menos) los siguientes aspectos: a. La naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; b. La razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; c. La duración de lo que antecede; d. Los lugares de las zonas que se verán afectados; e. Una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución. f. El personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto (incluidos los pueblos indígenas, el personal del sector privado, instituciones de investigación, empleados gubernamentales y demás personas); g. Procedimientos que puede entrañar el proyecto"[47].

Asimismo, la consulta informada "[…] requiere que el Estado acepte y brinde información e implica una comunicación constante entre las partes"[48].

v. La consulta debe ser adecuada y a través de las instituciones representativas indígenas

Diversos organismos y mecanismos de expertos internacionales se han pronunciado respecto a la exigencia de que las consultas sean adecuadas y se efectúen a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

En relación a la exigencia de que las consultas sean adecuadas, el Consejo de Administración de la OIT en un caso relativo a Brasil señaló que:

> "[…] la expresión "procedimientos apropiados" debe entenderse con referencia a la finalidad de la consulta. No hay un único modelo de procedimiento apropiado y éste debería tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas, así como la naturaleza de las medidas consultadas. En cuanto al propio proceso de consulta, éste debería tomar en cuenta

46 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador… Ob. Cit*., párr. 186.

47 Naciones Unidas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005, párr. 46.

48 CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador… Ob. Cit*., párr. 208

> la opinión de los diferentes pueblos que participan en la consulta sobre el procedimiento a utilizarse para intercambiar, de manera que el procedimiento utilizado sea considerado apropiado por todas las partes"[49].

A su vez, la Corte IDH ha afirmado que el Estado tiene el deber de consultar con los pueblos indígenas según sus costumbres y tradiciones, tomando en cuenta "los métodos tradicionales del pueblo […] para la toma de decisiones"[50].

Por otra parte, con respecto a la exigencia de que las consultas se realicen a través de las instituciones representativas indígenas, los órganos de control de la OIT se han limitado a señalar que el criterio de representatividad debe entenderse de forma flexible, "[d]ada la diversidad de los pueblos indígenas, el Convenio no impone un modelo de institución representativa, lo importante es que estas sean el fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas"[51]. De esta forma, se ha enfatizado que la decisión respecto a cuál institución es la representativa es una decisión interna y autónoma de cada pueblo indígena. Asimismo, los órganos de control de la OIT han señalado que no deben confundirse las "instituciones representativas de los pueblos indígenas" con las "organizaciones más representativas" de estos pueblos[52]. En efecto, el Derecho Internacional explicita que la representación indígena corresponde a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas y no a estructuras impuestas por el Estado.

vi. La consulta se debe realizar con el objeto de lograr un acuerdo u obtener el consentimiento, salvo que el consentimiento sea requisito esencial

Las consultas no son procedimientos meramente formales y tienen un objetivo sustantivo: lograr un acuerdo u obtener el consentimiento respecto a las medidas propuestas en un contexto de diálogo intercultural.

Si bien los organismos de la OIT han sostenido que la finalidad de alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento es solo una propósito inicial, que no invalida el proceso de consulta si es que éste no se consigue[53], al mismo tiempo han señalado que, conforme al principio de universalidad, interconexión e indivisibilidad de los derechos humanos, recogido expresamente en el artículo 35 del Convenio 169:

> "[…] debe también subrayarse que incluso si el proceso de consulta fue concluido sin acuerdo o consentimiento, la decisión adoptada por el Estado debe respetar los derechos sustantivos

49 OIT. Consejo de Administración. *Reclamación (artículo 24)-BRASIL-C169–2009… Ob. Cit*. párr. 42.

50 CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam… Ob. Cit*., párr. 133.

51 OIT. Consejo de Administración. *Reclamación (artículo 24) - MEXICO - C169 - 2004 Frente Auténtico del Trabajo (FAT). Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por el Frente Auténtico del Trabajo (FAT).* Párr. 102.

52 *Ibíd*., párr. 101.

53 OIT. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. *Observación 2010/81. Pueblos Indígenas y tribales… Ob. Cit*.

> reconocidos por el Convenio, tales como los derechos de los pueblos indígenas a las tierras y a la propiedad"[54].

A nivel regional, la CIDH ha sido enfática respecto a que la exigencia de que los procesos de consulta sean realizados con la finalidad de obtener el consentimiento, significa que:

> "[…] los pueblos indígenas y tribales deben ser capaces de influir de manera significativa en el proceso y en las decisiones tomadas en el mismo, lo que incluye la acomodación de sus perspectivas y preocupaciones por ejemplo, a través de cambios demostrables y comprobables respecto de los objetivos del proyecto, parámetros y diseño, así como de cualquier preocupación que puedan tener acerca de la aceptación del proyecto en sí mismo"[55].

Esto se traduce en lo que la CIDH ha denominado como *deber de acomodo*, lo que exige que todas las partes involucradas tengan flexibilidad para acomodar los distintos derechos e intereses en juego, usando como parámetro las afectaciones que los planes o proyectos de extracción o explotación puedan generar en el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos. Así, ha señalado que es deber de los Estados "[…] ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho"[56]. De este modo, en aquellos casos en que "[…] el acomodo no sea posible por motivos objetivos, razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática, la decisión administrativa que apruebe el plan de extracción o desarrollo debe argumentar, de forma razonada, cuáles son dichos motivos"[57].

Ahora bien, lo señalado hasta aquí es sin perjuicio de aquellos casos en los que, a la luz del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas afectados, tales como en el caso de traslado o reubicación, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas[58] y cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio del pueblo o comunidad indígena o tribal[59]. Estos supuestos en los cuales el derecho internacional exige el consentimiento de los pueblos indígenas para la adopción de determinadas medidas, serán analizados en el apartado siguiente.

---

54 OIT. Oficina Internacional del Trabajo. *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra, 2013, p. 17.

55 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales… Ob. Cit*., párr. 179. En el mismo sentido: CORTE IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador… Ob. Cit*., párr.186.

56 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales… Ob. Cit*., párr. 324.

57 *Ibíd*. párr. 327.

58 El artículo 29.2 de la DNUDPI señala que: "Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado".

59 Así lo han señalado tanto Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas como la Corte IDH. Ver: ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador. Sesión sesenta y dos*. CERD/C/62/CO/2., 2003, párr. 16; y CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam… Ob. Cit*., párr. 134.

vii. Análisis de la reglamentación del derecho de consulta en Chile

A propósito de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, y antes de su plena entrada en vigencia, el Estado chileno promulgó el 04 de septiembre de 2009 el Decreto Supremo Nº 124 del Ministerio de Planificación (actual Ministerio de Desarrollo Social), que buscaba reglamentar el artículo 34 de la Ley Nº19.253, a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas. Dicho Decreto fue concebido como una norma transitoria, en el entendido de que se daría "inicio a un proceso de consulta a los pueblos indígenas, a nivel nacional, acerca del procedimiento para llevar a cabo los procesos de consulta, de acuerdo a los artículos 6 No 1 letra a) y Nº 2, y 7 Nº 1 oración segunda del Convenio No 169"[60].

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto Supremo Nº 124/2009 fue inmediatamente cuestionado por organizaciones de pueblos indígenas, así como por organismos de derechos humanos nacionales e internacionales, en razón de no cumplir con los estándares internacionales de derechos humanos e imponer obstáculos para la implementación del derecho de consulta. De esta manera, el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en su Informe Anual correspondiente al año 2010, señaló en relación con el Decreto Supremo Nº 124/2009 que "[...] se ha cuestionado que desde el punto formal no se hizo el proceso de consulta previo e informado y que en el fondo no respeta los principios mínimos aplicables a la consulta y la participación", agregando que:

> "El Decreto Supremo 124 restringe severamente las medidas y las materias a consultar, y los plazos establecidos difícilmente resultan suficientes respecto de la naturaleza y envergadura de las materias puestas a consideración de las comunidades indígenas. La expresa exclusión de los proyectos de inversión constituye una grave omisión, particularmente porque las principales tensiones con las comunidades indígenas se producen por la expansión de megaproyectos energéticos, mineros, de acuicultura y forestación. Estos quedan sujetos a la consulta ciudadana establecida en la regulación sectorial, y es facultativo para el órgano sectorial que emite la medida adoptar el procedimiento contemplado en el Decreto Supremo" (INDH, 2010:101).

Lejos de ser transitorio, dicho Decreto demostró ser una medida que buscaba regular de forma permanente el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, lo que se evidencia en el reglamento estuvo vigente por casi tres años, siendo aplicado en varias ocasiones.

Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación que comenzaron a hacer las Cortes del Convenio 169 de la OIT al conocer de casos por la vía del recurso de protección, demostró el fracaso de la estrategia del Ejecutivo de intentar sustraer la aplicación del derecho de consulta en el contexto de proyectos de inversión sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Esto, dado que los Tribunales rápidamente comenzaron a cuestionar las definiciones restrictivas del D.S. Nº124/2009

60 Por medio de este Reglamento, el Ejecutivo interpretó conceptos fundamentales de los derechos de consulta y participación consagrados en el Convenio 169 de la OIT, como son "Medidas administrativas" (artículo 14 inc. 3º) y "susceptibilidad de afectación directa" (artículo 7). Además, dicho reglamento contenía una definición de "Proyectos de inversión" (artículo 5). Por medio de dichas definiciones, la estrategia del gobierno fue excluir la obligación de implementar procesos de consulta indígena en el contexto del SEIA (Cordero Vega, 2013).

MIDEPLAN, así como la homologación del proceso de participación ciudadana general del SEIA a los estándares del derecho de consulta.

A partir de lo anterior, en 2013, el Ejecutivo promulgó dos nuevos decretos: el Decreto Supremo Nº 66 del Ministerio de Desarrollo Social que aprobó el Reglamento que regula el procedimiento de consulta indígena en virtud del artículo 6 No 1 Letra a) y No 2 del Convenio Nº 169 de la OIT y derogó el referido Decreto Supremo Nº 124/2009; y el Decreto Supremo Nº 40 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el que si bien no se encuentra referido únicamente a la consulta indígena, establece los requisitos de procedencia y estándares que debe observar la Autoridad Ambiental en la implementación de este derecho en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos de inversión.

Cabe destacar que desde la publicación del Decreto Supremo Nº 66/2013 el 4 de marzo de 2014, el Estado lo ha aplicado en una serie de procesos de consulta dirigidos a pueblos y comunidades indígenas. Ello, a pesar de que ha sido objetado por organizaciones indígenas y de la sociedad civil, así como por organismos internacionales, dado que tampoco cumple con los estándares internacionales sobre la materia. En este sentido, al igual que sucedía con el Decreto Supremo Nº 124/2009, las objeciones a este segundo reglamento son tanto al proceso mediante el cual se adoptó como a su contenido. Las principales objeciones al contenido son, entre otras, en relación con el alcance que otorga el Estado al concepto de "afectación directa"; la restricción de las medidas administrativas a ser consultadas; la forma de determinar el sujeto de la consulta; la limitación a la justiciabilidad del derecho a la consulta; y la exclusión de los proyectos de inversión, los cuales no serían consultados en forma previa, sino una vez que ingresan al Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), mediante una normativa diferente, que no habría sido consultada en forma adecuada a los pueblos indígenas[61].

Cabe destacar que el propio Estado ha reconocido ante organismos internacionales de derechos humanos la necesidad de modificar el Decreto Supremo Nº 66/2013, con el objeto de que cumpla con los estándares internacionales. Así, en la audiencia pública celebrada ante la CIDH, en su 150º periodo de sesiones, se consignó:

> "Asimismo, la CIDH recibió información preocupante sobre la implementación del derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas en Chile. Según se informó, si bien se habrían realizado esfuerzos por establecer un mecanismo de consulta, el Decreto Supremo 66 resultado de ese proceso, supondría restricciones a los derechos de los pueblos indígenas, vinculados a la exclusión de materias objeto de consulta, órganos a los que les es aplicable, entre otros. Además, se informó que se habrían adoptado de modo paralelo e inconsulto normas que afectan a los pueblos indígenas y que se presentarían serias dificultades para la implementación práctica de este derecho. La Comisión recibe con mucha satisfacción la voluntad expresada por el Estado chileno para adecuar los marcos regulatorios y hacer las modificaciones necesarias para que cumplan a cabalidad con los estándares internacionales. En atención a ello, la CIDH llama al Estado a emprender acciones decididas para asegurar que, en términos normativos y prácticos, los pueblos indígenas en Chile gocen de modo pleno y

61 En este sentido, ver Observatorio Ciudadano (2014).

> efectivo su derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con los estándares del sistema interamericano" (CIDH, 2014).

Sin perjuicio de lo anterior, transcurridos más de tres años desde que el Estado de Chile se comprometiera ante esta instancia internacional a adecuar su marco normativo interno a los estándares internacionales en materia de consulta indígena, aún no se concretan dichos cambios reglamentarios y el Decreto Supremo 66/2013 sigue plenamente vigente.

Por otra parte, y en lo que dice relación con la implementación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados frente a la instalación de proyectos de inversión en sus territorios, el Decreto Supremo Nº40/2013 del Ministerio del Medio Ambiente presenta problemas similares en relación con los estándares internacionales. En efecto, dicho reglamento ha consolidado la idea de que la "susceptibilidad de afectación directa" en el SEIA se identificaría con los supuestos de "impactos significativos" reglados en el artículo 11 de la Ley Nº 19.300, sobre "bases generales del medio ambiente" (LBMA). Esto es, con aquellos efectos, características o circunstancias que de generarse hacen exigible que un determinado proyecto sea sometido a evaluación ambiental bajo la modalidad de Estudio de Impacto Ambiental (EIA) y, en consecuencia, quedando exceptuados todos aquellos proyectos evaluados mediante una simple Declaración de Impacto Ambiental (DIA). Esto ha supuesto agregar un nuevo requisito de procedencia de la consulta en el contexto de proyectos de inversión en territorios de pueblos indígenas, relativa a la dimensión de la afectación (Guerra-Schleef, 2017). De esta manera, de acuerdo con el artículo 85 del mencionado Decreto, para que surja el deber de la Autoridad Ambiental de desarrollar un proceso de consulta, en primer lugar, el proyecto o actividad debe generar o presentar alguno de los efectos, características o circunstancias indicados en el artículo 11 de la LBGMA (desarrollados en los artículos 5 a 10 del Reglamento del SEIA), exigiéndose, además, que dicho proyecto "afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas". A su vez, el artículo 85 del Reglamento SEIA establece que grupos de pueblos indígenas podrán participar del proceso de consulta, señalando que solo "participarán los pueblos indígenas afectados de manera exclusiva", lo que supone un amplio margen de discrecionalidad administrativa, supeditándose la posibilidad de ejercicio de un derecho humano al criterio de la autoridad ambiental. Por último, el mismo artículo especifica la finalidad del proceso de consulta indígena, señalando que "deberá efectuarse con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento" y que "el no alcanzar dicha finalidad no implica la afectación del derecho a la consulta", de tal manera que se obvia nuevamente los estándares e interpretaciones que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos.

Lo inadecuado de la regulación de la consulta indígena en el actual Reglamento del SEIA ha sido observado recientemente por la CIDH en su informe sobre protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, advirtiendo que:

> "[…] una de las preocupaciones centrales con relación al Decreto Supremo 40, aplicable para actividades que requieran una evaluación de impacto ambiental, es que limita seriamente la procedencia de la consulta indígena a través de la incorporación de una lista taxativa de supuestos excepcionales en los que es exigible este derecho. La Comisión toma nota que, según el artículo 85 del referido Decreto, la consulta procede únicamente respecto de proyectos o actividades que generen alguna de las características establecidas en sus artículos 7, 8 y 10, y "en la medida que se afecte directamente a uno o más grupos humanos pertenecientes

> a pueblos indígenas". Tales disposiciones se refieren al reasentamiento de comunidades humanas (artículo 7), alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos (artículo 7), localización en o próxima a territorios indígenas y de valor ambiental del territorio (artículo 8), y alteración del patrimonio cultural (artículo 10). Tales exigencias desconocen lo establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual establece la obligatoriedad de la consulta "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles [a los pueblos indígenas] directamente, sin importar la envergadura o impacto del proyecto" (CIDH, 2015, párr. 173).

Los supuestos en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos exige que los Estados obtengan el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas son: 1) adopción de medidas que tengan como finalidad salvaguardar las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos indígenas (artículo 4, Convenio 169 de la OIT); 2) en caso de traslado o reubicación de pueblos o comunidades indígenas (artículo 16, Convenio 169 de la OIT); 3) almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (artículo 29.2 de la DNUDPI); 4) desarrollo de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas; y 5) cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio del pueblo o comunidad indígena o tribal[62].

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento jurídico chileno solo exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en dos supuestos: 1) cuando se considere la excavación de cementerios históricos indígenas con fines científicos (artículo 20 letra c), Ley Nº 19.253); y 2) frente a proyectos de inversión que deban someterse al SEIA, que consideren el reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (artículo 7, D.S. Nº 40/2013, Ministerio del Medio Ambiente).

Como se aprecia, el Estado no ha procedido a adecuar el ordenamiento jurídico interno con el objetivo de ajustarlo a los supuestos regulados internacionalmente, en los cuales se exige el consentimiento previo de los pueblos indígenas. Particularmente problemática resulta la no incorporación del supuesto de consentimiento frente a cualquier proyecto de inversión que implique el reasentamiento de comunidades indígenas, y no tan solo en aquellos casos en que estas iniciativas deban ingresar de forma obligatoria al SEIA. Ahora bien, aunque la regulación que hace el Reglamento del SEIA de la necesidad de obtener el consentimiento en el caso de aquellos proyectos que ingresan al SEIA y que impliquen el reasentamiento de grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas (artículo 7, D.S. Nº 40/2013 del Ministerio del Medio Ambiente) pareciera, primera vista, reproducir el contenido esencial del Convenio 169 de la OIT, se remite, sin embargo, a la ley sectorial para establecer bajo qué circunstancias el desplazamiento forzado de población indígena es aceptable. Como es sabido, diversas normativas sectoriales vigentes (por ejemplo, legislación eléctrica) permiten la expropiación de predios, las cuales han sido utilizadas en el pasado para trasladar a poblaciones indígenas sin su consentimiento previo, libre e informado (como en el Caso Ralco) (Observatorio Ciudadano, 2014:

62 Así lo han señalado tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas como la Corte IDH. Ver: ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. *Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador. Sesión sesenta y dos*. CERD/C/62/CO/2., 2003, párr. 16; y CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam… Ob. Cit*., párr. 134.

44). Además, ningún proyecto de inversión en los territorios de los pueblos indígenas cumple con la exigencia de excepcionalidad y necesidad que exige el Convenio 169 de la OIT frente a traslados y reubicación de pueblos indígenas. De esta manera, el desarrollo normativo que hace el Reglamento del SEIA vacía de contenido la proscripción internacional del traslado forzoso y vulnera la exigencia de consentimiento libre, previo e informado que impone el artículo 16 del Convenio 169.

En el mismo sentido, resulta imperioso que se adecúe el ordenamiento jurídico interno con el objetivo de exigir el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas cada vez que se prevean medidas de salvaguarda, se considere el desarrollo de proyectos de inversión a gran escala en sus territorios, se contemple el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos o el desarrollo de actividades militares en los mismos.

	Ley Nº 19.253	**Convenio 169 de la OIT**	**DNUDPI**
Autonomía y Autogestión	"Artículo 7°.- El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena".	Artículo 6.1 c): "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: […] c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin".	Artículo 5: "Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales [...]". Artículo 18: "Los pueblos indígenas tienen derecho a [...] mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones".
		Artículo 7.1: "Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural".	Artículo 20: "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales [...]". Artículo 34: "Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos".
		Artículo 8.2: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".	

El derecho de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas es un derecho fundamental bajo la legislación internacional de los derechos humanos. Además, tal como se señaló al analizar los criterios que se han desarrollado en el derecho internacional para identificar a los pueblos indígenas y tribales, la existencia de tales instituciones es también un elemento central en la descripción de tales pueblos, en la medida en

que la existencia de instituciones políticas, culturales, económicas y sociales distintivas conforma una parte integral de lo que significa ser un pueblo indígena y es, en gran medida, lo que los distingue de otros sectores de la población nacional.

De esta manera, las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, comprenden la promoción y protección del derecho colectivo de los pueblos indígenas a mantener, controlar y desarrollar sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales, incluyendo sus prácticas, costumbres, derecho consuetudinario y sistemas legales. Además, tal como se analizó previamente, tales instituciones son también vitales para garantizar la consulta y participación de los pueblos indígenas en los procesos de toma de decisiones que los afectan.

> "En algunas instancias, el término "instituciones" se usa para hacer referencia a las instituciones u organizaciones físicas, mientras que en otras puede tener un significado más amplio que incluye las prácticas, costumbres y patrones culturales de los pueblos indígenas. El preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce la interrelación inherente entre las costumbres, tradiciones o instituciones de los pueblos indígenas. La Declaración reconoce la "urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos" (Preámbulo de la Declaración: párr. 7) instituciones y formas de organización"[63].

Ahora bien, a veces las sociedades indígenas son percibidas como estáticas y homogéneas, lo que supone erróneamente que si cambian o adoptan formas de organización diferentes podrían ser menos "indígenas". Sin embargo, la realidad es que las sociedades indígenas son multifacéticas y dinámicas, razón por lo cual las disposiciones del Convenio 169 no deben entenderse restringidas únicamente a las instituciones tradicionales, sino que también se aplican a las prácticas actuales del desarrollo social, cultural, tecnológico y económico de los pueblos indígenas. Esto significa que los pueblos indígenas tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.

d) Derechos ambientales

Una de las innovaciones del Convenio 169 de la OIT se refiere a los derechos ambientales de los pueblos indígenas, que consideran estándares precisos para la protección del medio ambiente de sus territorios. Dichos estándares incluyen: 1) el derecho de estos pueblos a que los Estados efectúen estudios de impacto ambiental con su cooperación, que permitan evaluar "la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos", debiendo "[l]os resultados de estos estudios […] ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas" (artículo 7.3); 2) el deber del Estado de adoptar medidas, en cooperación con los pueblos indígenas, para proteger y preservar

63 OIT. 2009. Los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT, p. 50.

el medio ambiente de los territorios que habitan (artículo 7.4); 3) el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados, "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" (artículo 15.2), sin perjuicio, como ya se señaló, que estemos ante algún supuesto en el cual el Estado se vea en la obligación de obtener el consentimiento; y 4) el derecho de los pueblos indígenas de participar en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo o de explotación de recursos naturales en sus territorios, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Dichos estándares internacionales han sido recogidos en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los cuales han sido considerados como "condiciones de necesario cumplimiento" para garantizar la consistencia entre los proyectos de inversión o las actividades extractivas, por una parte, y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales presentes en ellos, por otra (CIDH, 2009, párr. 234). En efecto, tal como señaló la Corte IDH en su sentencia pronunciada en el Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam:

> "[…] de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los [pueblos indígenas o tribales] respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo [indígena o] tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo [correspondiente] de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio [ancestral]. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo [correspondiente] se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio [ancestral] a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo [respectivo] tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal" (Corte IDH, 2007, párr. 129).

En relación con el derecho de los pueblos indígenas a participar y ser consultados de forma efectiva, es importante recordar que, en este mismo caso, la Corte IDH precisó que dicho derecho es sin perjuicio del derecho de estos pueblos a que se obtenga el consentimiento en determinados supuestos, como es el caso de los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio indígena o tribal (Corte IDH, 2007, párr. 134).

Por otra parte, respecto al derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en los beneficios derivados de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, así como su derecho a recibir una justa indemnización por cualquier daño causado, la Corte IDH ha señalado que se trata de derechos "inherente[s] al derecho de indemnización reconocido en el Art. 21.2 de la Convención" (Corte IDH, 2007, párr. 138). Asimismo, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han sostenido que los Estados tienen la obligación internacional de garantizar la determinación de estos derechos en el marco de los procedimientos de consulta previa y no de forma unilateral por los Estados (Corte IDH, 2008, párr. 25). En el mismo sentido, en caso de que surja

un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena o tribal correspondiente sobre quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, ello debe ser resuelto por el pueblo mismo, de forma autónoma, de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por el Estado (Corte IDH, 2008, párr. 26).

Además, tal como ha señalado la CIDH (2015) en relación el derecho de los pueblos indígenas a que se realicen evaluaciones de impacto, para la correcta ponderación de los efectos de los proyectos extractivos o de desarrollo sobre los territorios de los pueblos indígenas no basta con el enfoque ambiental tradicional:

> "[…] sino que los impactos de determinado proyecto deben ser evaluados también desde la perspectiva de los derechos humanos que pueden ser afectados, lesionados o de algún modo restringidos. Dicho de otro modo, la preocupación central de la CIDH es la inclusión de criterios y procedimientos que permitan asegurar un análisis del impacto en los derechos humanos involucrados dentro del proceso de toma de decisiones. En los casos en que tales actividades puedan afectar pueblos o comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes se encuentra el deber especial, ya desarrollado por los órganos del sistema interamericano, de llevar a cabo estudios previo de impacto social y ambiental, con participación de estos pueblos o comunidades" (párr. 89).

A su vez, la Corte IDH ha señalado que los estudios de impacto deben "realizarse conforme a los estándares internacionales y buenas prácticas al respecto"[64] y por "entidades con la supervisión del Estado" (Corte IDH, 2007, párr. 129; 2012, párr. 205). Además, ha agregado que "uno de los factores que debiera tratar el estudio de impacto social y ambiental es el impacto acumulado que han generado los proyectos existentes y los que vayan a generar los proyectos que ya han sido propuestos" (Corte IDH, 2008, párr. 41). Asimismo, y como parte de una ética de evaluación de impacto respetuosa de los derechos humanos, los estudios de impacto socioambiental "deben respetar las tradiciones y cultura del pueblo" (Corte IDH, 2008, párr. 41), y sus resultados deben ser compartidos con las comunidades a fin de que puedan tomar una decisión informada. Finalmente, la Corte IDH ha señalado que la finalidad última de las evaluaciones de impacto socioambiental debe ser "preservar, proteger y garantizar la relación especial" de los pueblos indígenas y tribales con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos (Corte IDH, 2008, párr. 40). De este modo, en caso de que se vean afectados pueblos indígenas, tribales o comunidades afrodescendientes, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de esos deberes especiales.

Ahora bien, sin perjuicio de que la Ley Nº 19.253 establece como principio general el deber del Estado de proteger las "tierras indígenas" y velar por su "equilibrio ecológico", lo cierto es que esta legislación contiene escasos instrumentos para hacer efectiva dicha obligación. Uno de estos instrumentos son las denominadas "Áreas de Desarrollo Indígena" (ADI), las cuales, tal como son definidas en la Ley Nº

64 En este sentido, el proceso de implementación de la Convención sobre la Diversidad Biológica (1992) es, asimismo, relevante para la protección del medio ambiente de los pueblos indígenas, toda vez que en este contexto se han venido desarrollando y analizando buenas prácticas para la ejecución de estudios de impacto. En efecto, en 2004, la Conferencia de las Partes del Convenio adoptó las Directrices Voluntarias Akwé: Kon para la realización de estudios de impacto cultural, ambiental y social en relación con proyectos llevados a cabo en territorios indígenas, incluyendo lugares sagrados (Secretaria del CDB, 2005).

19.253, corresponden a "espacios territoriales en que los organismos de la administración del Estado focalizarán su acción en beneficio del desarrollo armónico de los indígenas y sus comunidades", pudiendo ser declaradas cuando concurren los siguientes criterios: a) Espacios territoriales en que han vivido ancestralmente las etnias indígenas; b) alta densidad de población indígena; c) existencia de tierras de comunidades o individuos indígenas; d) homogeneidad ecológica; y e) dependencia de recursos naturales para el equilibrio de esos territorios, tales como manejo de cuencas, ríos, riberas, flora y fauna (artículo 26). Uno de los efectos que tiene la declaración de las ADI respecto al manejo de los recursos naturales de uso ancestral de los pueblos indígenas, es que en el caso de que existan áreas silvestres protegidas del Estado en su interior, se mandata a Corporación Nacional Forestal (CONAF), organismo a cargo de la administración de estas áreas, a tener que considerar la participación de las comunidades ahí existentes en la gestión de áreas silvestres protegidas del Estado. Bajo esta figura es que se han ido estableciendo convenios de cogestión entre las comunidades likanantay existentes al interior de la ADI Atacama la Grande y CONAF, para la administración compartida de diversas unidades que conforman la Reserva Nacional Los Flamencos, en la cuenca del Salar de Atacama.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley Nº 19.253 no contiene disposiciones relativas a los derechos de los pueblos indígenas frente a proyectos de explotación de recursos naturales en sus territorios, como son el derecho de estos pueblos a ser consultados antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (y a que se obtenga el consentimiento en determinados casos), a que se efectúen estudios de impacto socioambiental con su cooperación y a participar en los beneficios que reporten las actividades de desarrollo o de explotación de recursos naturales en sus territorios, así como a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. Estos derechos son regulados en la Ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), legislación sectorial que consagra diversos instrumentos de gestión, entre ellos el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y que reconoce de manera restrictiva la participación de los pueblos indígenas en los procedimientos de evaluación ambiental de proyectos que se emplazan en sus territorios de uso ancestral.

En efecto, si bien la LBGMA consagra de manera general el deber de los órganos del Estado de que, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, propendan a "la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (artículo 4), al desarrollarse reglamentariamente los derechos ambientales indígenas estos han sido limitados. Esto es lo que sucede con el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en el marco del SEIA, cuyo correlativo deber estatal ha sido restringido solo para aquellos casos en que los proyectos o actividades generan "impactos significativos", que hacen exigible su evaluación por medio de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Esto impide, en la mayoría de los casos, que los procedimientos de evaluación de impacto ambiental se realicen "en cooperación" con los pueblos indígenas, limitando su posibilidad de incidir en el diseño de las medidas de mitigación, reparación y compensación que los titulares de los proyectos deberán adoptar para hacerse cargo de los impactos sociales y ambientales de sus iniciativas. Por último, los mecanismos de participación en los beneficios tampoco han sido correctamente implementados en el marco del SEIA. Esto dado que, por lo general, los acuerdos entre comunidades y empresas son realizados de

manera directa entre los titulares de los proyectos y algunas comunidades o personas indígenas, al margen de la institucionalidad ambiental y, en muchos casos, han sido utilizados para cooptar voluntades de dirigentes, lo que ha generado variados conflictos y divisiones internas en el tejido social de las comunidades afectadas.

Referencias

Aylwin, J. (Coord.), Meza–Lopehandía, M. Y Yáñez, N. (2013). *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.

Bertelsen, R. (1996). "Rango jurídico de los tratados internacionales". *Revista Chilena de Derecho*, 23 (2-3), Tomo I, 211-222.

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). (2009a). *Observación General – Adopción: 2008, Publicación: 98ª reunión CIT (2009)*. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3066698,,,2008

_____. (2009b). *Observation adopted 2008, published 98th ILC session. Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169)*. México. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:2296526,es

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Pobreza y derechos humanos.* OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf

_____. (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15*. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf

_____. (2014). *Informe del 150 Periodo de Sesiones.* 35A/14. Disponible en: www.cidh.org

_____. (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos (OEA documentos oficiales). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09*. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras–ancestrales.esp.pdf

_____. (2007). *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012). *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones). Serie C Nº 245.*

_____. (2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 214.*

_____. (2008). *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 185.*

_____. 2007. *Caso Saramaka vs. Surinam. Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 172.*

_____. (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).* Serie C No. 146.

_____. (2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C. Nº 125.*

_____. (2005b). *Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 124.*

_____. (2001). *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C Nº 79.*

Corte Suprema de Chile. (2008). Causa Rol N° 6053–2007, sentencia de 29 abril de 2008.

_____. (2007). Causa Rol N° 4183–2006, sentencia de 18 de abril de 2007.

Del Popolo, F., y Oyarce, A. (2006). "Población indígena de América Latina: perfil sociodemográfico en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y de las Metas del Milenio". *Pueblos indígenas y afrodescendientes de América Latina y el Caribe: información sociodemográfica para políticas y programas*. LC/W.72. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4113/S2006017.pdf?sequence=1

Guerra-Schleef, F. (2017). "Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile". *Revista Justicia Ambiental*, 9.

Gundermann K., Hans, Vergara del S., Jorge Iván, & Foerster G., Rolf. (2005). "Contar a los indígenas en Chile: Autoadscripción étnica en la experiencia censal de 1992 y 2002". *Estudios atacameños*, (30), 91-113. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0718–10432005000200006

Instituto Nacional de Derechos Humanos. (INDH). (2014). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2014*. Disponible en: https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/12/INDH-2014-Final.pdf

_____. (2010). *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe Anual 2010*. Disponible en: http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2010/12/Informe_Final_Corregido1.pdf

Instituto Nacional de Estadísticas (INE). (2005). *Estadísticas sociales de los pueblos indígenas en Chile – Censo 2002*. Disponible en: http://www.ine.cl/estadisticas/sociales/etnias

Meza-Lopehandía, M. (2016). "La jurisprudencia del multiculturalismo en Chile: La consulta previa indígena ante tribunales". *Revista de Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso*, Nº 69.

Ministerio de Desarrollo Social. (2017). *Casen 2015. Pueblos indígenas. Síntesis de Resultados*. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen–multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_pueblos_indigenas.pdf

_____. (2013). *Casen 2013. Pueblos indígenas. Síntesis de Resultados*. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/documentos/Casen2013_Pueblos_Indigenas_13mar15_publicacion.pdf

Nash, C. (2012). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho–internacional–de–los–derechos–humanos–en–Chile.pdf?sequence=1

Nogueira, H. (2012). "La concepción de Constitución, el bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales y el control de convencionalidad en la práctica jurisprudencial del tribunal constitucional y la Corte de Suprema de Justicia de Chile". En Pfeffer, E. (Coord.). *Derechos Fundamentales. Libro Homenaje al profesor Francisco Cumplido Cereceda*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 219-260.

Ñancucheo, M. (2016). Pueblos originarios y espacio costero. En El Mostrador, 22 mayo, 2016. Disponible en: http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2016/05/22/pueblos-originarios-y-espacio-costero/

Observatorio Ciudadano. (2014). *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas: Análisis del Derecho Nacional, Internacional y Comparado*. Informe 19 IWGIA. Disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_ les_publications_les/0705_Informe19_ObservatorioCiudadanoCONSULTA.pdf

Oficina Internacional del Trabajo (OIT). (2013). *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT: Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Ginebra. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

Oficina Regional para América Latina y el Caribe de la OIT. (2007). *Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. 2a.ed. Perú. Disponible en: http://www.oit.org. pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf

Pfeffer, E. (2003). "Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y su ubicación en el orden normativo interno". *Revista Ius et Praxis*, 9 (1), 467-484.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). (2004). *Segundo informe sobre desarrollo humano en Centroamérica y Panamá*.

Ribera, T. (2007). "Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional". *Revista Estudios Constitucionales*, 5 (1), 89-118.

Ruiz Tagle, P. (2006). "Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales para la constitución chilena del bicentenario". En Bordalí, A. (Ed.), *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Santiago de Chile: Lexis Nexis. 69-128.

Stavenhagen, R. (1996), "The challenges of indigenous development", Indigenous Development: poverty, democracy and sustainability. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Washington D.C.

Tribunal Constitucional de Chile. (2014a). *Causa Rol Nº 2493, sentencia de 6 de mayo de 2014.*

_____. (2014b). *Causa Rol Nº 2363–2012, sentencia de 14 de enero de 2014.*

CAPÍTULO II
LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA, ECUADOR Y BOLIVIA [65]

Las Constituciones Políticas que a continuación presentamos son consideradas un avance y un precedente en la región, en relación al grado de reconocimiento de los derechos indígenas que en ellas comprenden. Asimismo, más allá de cómo los marcos constitucionales garantizan los derechos indígenas, estamos sin duda ante constituciones que marcan la creación de nuevos estados y nuevos tiempos de reconocimiento y valoración de la diversidad étnica y cultural en estos países.

Incluso, podríamos decir, que estamos ante reconfiguraciones en las relaciones de poder hasta ahora desiguales, o según Aníbal Quijano, de reconfiguración de las relaciones coloniales, ya que, para este autor, la colonialidad del poder es uno de los elementos constitutivos del patrón global del poder capitalista y se funda en la imposición de una clasificación racial/étnica como piedra angular. Que se origina y mundializa a partir de América Latina, ubicando sus centros de poder emergentes capitalistas en las zonas sobre Europa y estableciendo como nuevos patrones de dominación la colonialidad y la modernidad. "En otras palabras: con América (Latina) el capitalismo se hace mundial, eurocentrado y la colonialidad y la modernidad se instalan, hasta hoy, como los ejes constitutivos de ese específico patrón de poder" (Quijano, 2007: 93-94).

Por ello, la búsqueda del reconocimiento de otras identidades responde a la necesidad de relaciones más inclusivas, que permitan que los colectivos sociales que históricamente fueron discriminados e invisibilizados por el sistema político jurídico dominante, se encuentren ahora visibles y presentes, y sus derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional (Carrión, 2012).

65 El presente Capítulo ha sido elaborado por Karina Vargas, abogada y máster en políticas públicas y sociales de la Universidad Pompeu Fabra y John Hopkins University en el marco del proyecto "Promoción de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de pueblos indígenas en el contexto del proceso constituyente y del Plan Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile".

Ahora, la búsqueda por el reconocimiento de una igualdad de derechos en la diferencia responde a diferentes matices según sea el país. En la Constitución de Colombia, por ejemplo, Esther Sánchez (2002), señala que este cambio guarda relación con el paso de una discriminación negativa a una positiva; ya que se busca pasar de la discriminación y exclusión histórica de los pueblos indígenas y de los bienes para su desarrollo -al punto de poner peligro su vida, su cultura, su organización social- a un trato especial que busca dejar de relegarlos como seres inferiores.

Mientras que las Constituciones de Ecuador y Bolivia, si bien en parte se fundamentan en la exclusión y discriminación histórica que han sufrido los pueblos indígenas para el reconocimiento de sus derechos constitucionales y reconocen la necesidad de un trato especial hacia los mismos, parten más bien del reconocimiento de cómo los estados "usurparon" los bienes y desvalorizaron y amenazaron las vidas de los pueblos indígenas, es decir, buscan abordar el tema de la colonialidad del poder que anteriormente hemos señalado.

En el caso de la Constitución de Bolivia, se observa claramente su búsqueda por construir un nuevo Estado, buscando eliminar toda una historia de exclusión y colonialismo.

Es decir, dependiendo de los matices que encontremos por país, se observa una búsqueda para llegar a la igualdad a través del reconocimiento de derechos especiales a los pueblos que fueron tratados como inferiores, una búsqueda por instaurar un nuevo Estado en que se reconozca que los "inferiores" nunca lo fueron, que es de ellos que emana el poder y que son ellos los que construirán las bases para un nuevo Estado.

Otro aspecto importante a considerar, relacionado con lo anterior, es analizar cómo en estas constituciones se transforman los Estados monoculturales y pasan a configurar Estados multiculturales (como es el caso de Colombia) o Estados plurinacionales (como es el caso de Bolivia y Ecuador), y a quiénes se reconocen como los ciudadanos culturalmente diferenciados o las nacionalidades étnicas que los componen.

Es importante señalar aquí, como estamos abordando el término plurinacional cuando hablamos de Estados plurinacionales, y citando al ex relator James Anaya podemos decir que:

> "El término "plurinacional" no conlleva por sí solo significado jurídico en el derecho internacional, ni es de significado común o sui generis en los sistemas de derecho interno de los países. Corresponde a conceptos que surgen en el ámbito de planteamientos políticos sobre la construcción de Estado; pero aun así no representa internacionalmente un conjunto único o fijo de postulados políticos. Por consiguiente, la plurinacionalidad en sí no implica necesariamente el impulso de ciertas condiciones o tendencias más allá de la identificación de la coexistencia de varias identidades denominadas nacionales. Más bien el significado preciso de la plurinacionalidad depende del contexto específico en que se plantea y de los atributos específicos que se le asignan"[66].

66 Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Junio de 2008, párr.9. http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-acerca-del-proceso-de-revision-constitucional-en-ecuador-2008

Finalmente, las Constituciones que aborda el presente estudio incorporan un grupo significativo de derechos colectivos, cuyo núcleo de protección no es solo la dignidad del ser humano, sino también la dignidad de todas las diferentes culturas o nacionalidades que habitan en un territorio y que han sobrevivido a lo largo de miles de año. Por lo que proteger efectivamente a los sujetos que comparten un mismo grupo cultural conlleva la obligación de proteger la cultura que comparten, pues son indesligables, y por tanto sujetos colectivos.

1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991

La Constitución Política de Colombia de 1991, que reemplazó a la Constitución Política de 1886, fue promulgada el 4 de julio de 1991 durante la presidencia de César Gaviria y su elaboración responde a las demandas de los movimientos sociales que surgieron durante la violencia que agitó Colombia durante la década de los noventa.

Principalmente, fue el movimiento estudiantil que en 1988 convocó a una Asamblea Nacional Constituyente para las elecciones de 1990, buscando afrontar los problemas del país con mecanismos de participación e inclusión política, y porque la vía política y jurídica era el camino más promisorio para la transformación del país[67].

Este movimiento promocionó la "Séptima papeleta" para las elecciones de marzo de 1990, la cual consistía en introducir una papeleta adicional durante los comicios de elección de candidatos al Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Juntas Administradoras Locales, Concejo Municipal y Alcaldía, para que los colombianos votaran si estaban o no de acuerdo en convocar a una Asamblea Nacional Constituyente que promulgara una nueva Constitución Política[68].

El Consejo Electoral no aceptó la inclusión oficial del voto adicional por una Asamblea Nacional Constituyente, pero las papeletas se contaron extraoficialmente, registrándose más de 2 millones a favor. Ante ello, la Corte Suprema de Justicia avaló una consulta formal para las siguientes elecciones presidenciales de mayo de 1990, en la que se consiguió un 86% de votos a favor de una Asamblea Constituyente[69].

Así, en diciembre de 1990, el recién posesionado presidente César Gaviria convocó a elecciones para elegir a los representantes de la Asamblea Nacional Constituyentede 1991, la cual estuvo integrada por 74 miembros, e incluyó 2 escaños reservados para pueblos indígenas electos por un padrón especial de acuerdo a la representación proporcional de la población indígena a nivel nacional[70].

Sobre los grupos étnicos de Colombia, de acuerdo a los datos oficiales existen 1.392.623 personas indígenas, las que corresponden al 3,43% la población del país; los afrocolombianos ascienden a

67 Ver Historia de la Constitución de 1991 en: http://www.constitucioncolombia.com/historia.php

68 *Ibid. Cit*.

69 *Ibid. Cit*.

70 *Ibid. Cit*.

4.311.757 personas, el 10,62% de la población total; y, el pueblo Rom o gitano está conformado por 4.858 personas que representan el 0,01% de la población total del país; es decir, un 14,06% de la población colombiana se reconoce como perteneciente a algún grupo étnico[71].

Las zonas rurales concentran el 78,6% de la población indígena y las zonas urbanas un 21,4%. Del total de la población indígena en Colombia registrada en el año 2005, 796.916 habitaban en resguardos (57,2% de la población indígena) (IWGIA, 2018).

La violencia armada, la desigualdad económica, social y estructural, la precariedad estatal en el cumplimiento de sus funciones y el modelo de desarrollo extractivo -proyectos minero-energéticos, infraestructura física a gran escala y plantaciones agroindustriales- son los principales factores que agravan la vulnerabilidad de estos pueblos. Así, las cifras del Departamento Nacional de Estadística (DANE) estiman que un 63% de la población indígena se encuentra por debajo de línea de pobreza, un 24% en el analfabetismo y un 34% sin acceso a servicios de salud (Puyana, 2016).

Colombia ha ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1991, el cual se aplica tanto para los pueblos indígenas como para los afrocolombianos y la población rom. Asimismo, en 2009 Colombia apoyó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

1.1. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Colombia

La Constitución Colombiana de 1991[72], responde al pedido de la sociedad colombiana por democratizar sus instituciones, haciendo más accesible la protección de sus derechos fundamentales.

Se caracteriza por ser multiculturalista, al reconocer una serie de derechos a favor de diferentes grupos étnicos, principalmente los pueblos indígenas, en distintas áreas, como el acceso a los recursos naturales y el derecho al territorio, entre otros.

Asimismo, un aspecto que resalta más que en otros países de la región, es el papel que juega la Corte Constitucional Colombiana, la cual desde hace varios años ha ido desarrollando una doctrina institucional de reconocimiento y aceptación de las diferencias culturales y los derechos de los pueblos indígenas basados no solo en los contenidos constitucionales, sino también de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el país, como el Convenio 169 de la OIT.

a. Reconocimiento de la diversidad cultural, configuración de Estado y reconocimiento de sujetos de derecho colectivo

La Constitución de Colombia señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7) y que es obligación del Estado proteger las riquezas culturales de la nación.

71 Colombia una nación multicultural: su diversidad étnica. Dirección de Censos y demografía. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Mayo 2007, pág. 37. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

72 Ver Constitución Política de Colombia de 1991 en: http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/constitucion%20politica%20de%20colombia.pdf

Asimismo, en el art. 70 de la Constitución se señala que "la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad" y que "El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país".

Esto sin duda, no solo es un reconocimiento explícito a la diversidad del país y su valoración como fundamento de la Nación colombiana, sino que expresa también un cambio formal de un Estado monocultural a un Estado multicultural.

Pues, el Estado pasa de reconocer un solo idioma, un solo tipo de derecho, una única forma de propiedad, etc, y se abre al reconocimiento de las múltiples diversidades y sus diversas formas de organización social, de derecho, de propiedad, etc.

Rompe también con el principio de igualdad formal que establecía que todos los colombianos eran iguales ante la ley, y dada las desigualdades reales que se evidencian, sobre todo de los pueblos indígenas respecto a la sociedad en general, el Estado debe compensar mediante un trato diferenciado, a quién hasta ese momento el mismo Estado marginó (Sánchez, 2002).

Se pasa también de un estado de derecho a un estado social de derecho, porque la Constitución reconoce la inequidad y las consecuencias de ese trato, y por ello plantea modificaciones al modo en que se ha venido configurando el Estado (Sánchez, 2002). Aunque, como se evidencia, son solo modificaciones al modelo actual de Estado, a diferencia de Ecuador y Bolivia que buscan refundar nuevos estados, en donde se devuelva el poder que se les quito a los pueblos indígenas con la fundación de los Estados, o donde se busca descolonizar el poder, como plantea Aníbal Quijano (2007). Sin embargo, esto último debe tener en cuenta, que las Constituciones de Bolivia y Ecuador, son más recientes y responden a nuevos contextos emergentes de luchas indígenas, a diferencia de la Constitución de Colombia que es de la década de los 90s.

Destaca, sin embargo, su reconocimiento a la dignidad que existe en cada cultura, lo que les permite posicionarse en igualdad de condiciones a las otras culturas, y su protección a través de la protección de sus miembros, a los que brinda un status de sujetos de derechos colectivos.

La Constitución de Colombia hace referencia a los grupos étnicos como los sujetos de derechos colectivos, entendiéndose entre este grupo a los pueblos indígenas, afrodescendientes y raizales o rom. Señalando que todas las personas nacen libres e iguales antes la ley, y que el Estado promoverá las condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva (art.13).

Respecto a los derechos colectivos, la Corte Constitucional de Colombia distinguió entre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y los derechos colectivos de los colombianos de la siguiente manera:

> **ST - 380 /93**
>
> "Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como sujeto colectivo de derecho, no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (art. 88 CP). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes"

Esta aclaración es importante, ya que se permite a los pueblos indígenas, como sujetos de colectivos, utilizar un mecanismo más eficaz para proteger sus derechos, como es la acción de tutela, mediante la cual, toda persona tendrá derecho a ejercerla para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública (art. 86).

b. Reconocimiento de los derechos territoriales

Respecto a los derechos territoriales, la Constitución de Colombia reconoce en su art. 63 que las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Agregando en el artículo 329, que los resguardos indígenas son propiedad colectiva no enajenable.

Es decir, la Constitución Colombiana protege por igual a las tierras comunales de grupos indígenas y a los resguardos indígenas -que gozan de un título de propiedad colectiva- al declarar a ambos inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Busca a la vez, establecer un sistema de resguardos indígenas con el fin de reconocer el derecho de las comunidades indígenas sobre los territorios tradicionalmente ocupados y adoptar programas para el manejo, preservación, reposición y aprovechamiento de los recursos naturales, así como, dotar de tierras a las comunidades indígenas que carezcan de ellas ampliando los resguardos de tipo colonial, mediante la adquisición de nuevos predios[73].

Por su parte, la Corte Constitucional ha reconocido a la propiedad colectiva, el carácter de derecho fundamental de los pueblos indígenas y, por tanto, susceptible de tutela. Lo que no ocurre con el derecho individual a la propiedad que solo es tutelable cuando está en conexión con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Además, la Corte ha interpretado del texto constitucional, que el derecho a la propiedad colectiva incluye a su vez cuatro derechos: el derecho a que cada comunidad tenga su propio territorio, el derecho a impedir la entrada o permanencia en el territorio de personas indeseadas, el derecho a determinar sus propias instituciones políticas y el derecho a administrar justicia en su territorio y regirse por sus propias normas y procedimientos. T-567 de 1992. T-188 de 1993, T- 652 de 1998, T-257 de 1993, entre otras (Sánchez, 2002).

La Constitución de Colombia también reconoce a los territorios indígenas como entidades territoriales al igual que los departamentos, los distritos y los municipios (art. 286), estableciendo que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la Ley, pudiendo gobernarse por sus propias autoridades, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y establecer los tributos que sean necesarios, y participar de las rentas nacionales (art. 287).

73 Ver: Los derechos de los indígenas en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.11.htm

Asimismo, en el artículo 329 se establece que:

> "La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial (…)".

Es decir, la Constitución de Colombia brinda al concepto de "territorio indígena" el carácter de entidad territorial, como lo son los departamentos, distritos y municipios. Aunque su jurisdicción puede estar incluida en un departamento o en varios. Sus relaciones con los departamentos y sobre todo con los municipios que coincidan con el respectivo territorio indígena no están definidas en la Constitución, dejando que la Ley de Ordenamiento Territorial defina esa relación, con participación de los representantes indígenas.

Asimismo, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres. Los cuales podrán ejercer las siguientes funciones:

> "1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
> 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
> 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
> 4. Percibir y distribuir sus recursos.
> 5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
> 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
> 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
> 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
> 9. Las que les señalen la Constitución y la ley". (art. 330)

Víctor Moncayo (1991) considera que estas atribuciones sólo brindan funciones de control, cooperación, promoción y coordinación, pero no de autoridad ejecutiva directa, por lo cual serían más bien instancias que podrían ser utilizadas por los municipios o departamentos para el desarrollo de las tareas que a éstos corresponden. Aunque desde luego esta afirmación se tendría que analizar en la práctica.

Respecto al aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, la Constitución colombiana garantiza a través del artículo 330 parágrafo que: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas" y garantizando la participación de las comunidades respecto a las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación y que pueden afectar sus derechos colectivos. Para lo cual se han venido nombrando inspectores indígenas de los recursos naturales en los diferentes resguardos y comunidades.

Por último, la Constitución de Colombia, en su artículo 96.2.c. reconoce la nacionalidad colombiana por adopción a "los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, reconociendo así los derechos de los pueblos indígenas que habitan territorios pertenecientes a varios Estados, y con ello, el reconocimiento del territorio ancestral. Señalando que este reconocimiento de nacionalidad por adopción se debe aplicar de acuerdo al principio de reciprocidad según tratados públicos (art. 96.2.c), como el Acuerdo de Cooperación Amazónica con Ecuador (1980) y el Tratado de Cooperación Amazónica con Perú (1979), el de Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu con Venezuela (1990).

c. Reconocimiento de los derechos políticos

Respecto al derecho a la participación política, la Constitución Colombiana crea circunscripciones especiales para que las comunidades indígenas puedan estar representadas por dos miembros en el Senado de la República (art. 171), y por un miembro en la Cámara de la Representantes (art. 176).

Se establece como requisito para los representantes de comunidades indígenas de la Cámara y Senadores el "haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena" (art. 171) lo cual se deberá acreditar mediante un certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

Este requisito, más que acreditar una experiencia previa en un cargo, acredita el carácter de representante de una organización o comunidad. Es decir, asegura el carácter colectivo de la representación que busca llegar a la Cámara o al Senado, pues no basta con ser una persona indígena para postular a dichos cargos, sino que tiene que ser un representante avalado por su organización o comunidad.

Asimismo, no solo los miembros de las comunidades indígenas tienen la posibilidad de elegir a quienes los van a representar en el Congreso mediante la circunscripción especial, sino que cualquier colombiano que quiera apoyar la causa indígena, si así lo desea, puede votar en la casilla de la circunscripción especial indígena.

La Constitución también establece que "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República" señalando que la establecerá las formas de coordinación entre la jurisdicción especial y el sistema de justicia nacional (art. 246).

Lo anterior es de gran importancia para el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas de Colombia, porque de esta manera se evita el juzgamiento a miembros de las comunidades indígenas por parte de autoridades judiciales, que en algunos casos no tienen en cuenta los valores culturales de estos pueblos.

Asimismo, es importante resaltar que este derecho aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-254 de 1994, en la que la Corte aclara que se trata de un derecho de aplicación inmediata y que por tanto no requiere de una reglamentación del Estado colombiano para ser reconocido (Sánchez, 2002).

Por otro lado, la Constitución de Colombia no reconoce el derecho a la consulta previa ni el consentimiento libre, previo e informado, tal vez porque el mismo año que se aprobó la Constitución Política, se ratificó el Convenio 169 de la OIT.

Sin embargo, sí reconoce el derecho a la participación de las comunidades indígenas en la explotación de los recursos naturales, al establecer que en las decisiones que se adopten respecto a la explotación de los recursos naturales "el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades" (art. 330, parágrafo). Ello a fin de garantizar la participación de las comunidades respecto a las decisiones relativas a dicha explotación que puedan afectar sus derechos.

La Corte Constitucional por su parte declara que este derecho incluye la participación de las comunidades en la toma de decisiones que puedan afectar sus territorios (SU-037 de 1991 y T-652 de 1998 (Sánchez, 2002). Es decir, complementa este derecho con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y lo amplía a la participación frente a cualquier toma de decisión que pueda afectar los territorios indígenas.

d. Reconocimiento de los derechos culturales

La Constitución Política de 1991 da un reconocimiento explícito de la nación colombiana como multiétnica o multicultural y multilingüe, esto último no solo porque reconoce la diversidad lingüística del país, sino porque declara los idiomas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales en sus territorios (art. 10).

En este sentido, reconoce también que en las comunidades con tradición lingüística propia la educación será bilingüe (art. 10) y su formación deberá respetar y desarrollar su identidad cultural (art. 68). Es decir, una educación que sea acorde al modo de vida de las comunidades indígenas y a través de la cual se resalten y se fomenten sus saberes y valores culturales.

Esto brinda la posibilidad, de acuerdo a Yeny Pulido (2012), de tomar las riendas de los procesos educativos mediante la construcción de un currículo educativo que responda a sus necesidades, expectativas y proyecto histórico, así como a la trasmisión de los saberes tradicionales; y a impulsar la investigación social y educativa que promueva ese propósito y el ejercicio de esas prácticas educativas logradas por medio del consenso de la comunidad.

Asimismo, el artículo 70 de la Constitución política señala que:

> "El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional. La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación".

Si bien el artículo hace referencia a cualquier ciudadano colombiano, deja entrever que los pueblos indígenas no serán discriminados en las políticas estatales con respecto a la promoción y fomento de su propia cultura, ya que todas las culturas gozan de igualdad dignidad, a la vez que centra a la cultura

como fundamento de la nación y por tanto de la educación, señalando que el Estado promoverá la difusión de los valores culturales de la nación.

Por otro lado, el artículo 72 de la Constitución señala que el patrimonio cultural de la nación está bajo la protección del Estado y que "el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles" y que "la ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica". De este modo, se reconoce a los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica, derechos especiales sobre el patrimonio cultural que allí se encuentre.

Así, se observa un claro avance en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Colombia de 1991, al ser reconocidos como grupos con sus propias culturas y derechos. Sin embargo, la aplicación de estos derechos aún guarda avances lentos, por ello el papel de la Corte Constitucional cobra mayor relevancia en la defensa e interpretación de cómo deben garantizarse los derechos de los pueblos indígenas.

Uno de los principales aspectos que se señalan respecto a la aplicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas es el desconocimiento sobre la legislación indígena en general y la falta de reconocimiento de los títulos de resguardos por parte de los funcionarios oficiales, debido al conflicto de intereses sobre la propiedad de la tierra entre los propietarios de grandes extensiones y las comunidades indígenas, así como con los intereses de los pequeños campesinos. Lo que ha ocasionado, que en el afán por recuperar sus tierras, las comunidades indígenas enfrenten acciones violentas de grupos ligados a terratenientes y sea frecuente el ataque contra defensores de derechos de los pueblos indígenas[74].

Pese a lo anterior, los avances en cuanto al reconocimiento de sus derechos colectivos son alentadores y expresan la voluntad de dotarlos de la mayor garantía a través del texto constituciona

74 Ver: Los derechos de los indígenas en Colombia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.cidh.org/countryrep/Colombia93sp/cap.11.htm

ANEXO

Principales derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de Colombia

Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Artículo 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Artículo 68. (…) (Los) integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

Artículo 70.
(…) La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Artículo 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles. La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas.

Artículo 96. Son nacionales colombianos.
Por adopción:
(…)
c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Artículo 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional.
Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas.
(…)
La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno.

Artículo 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.
Inciso segundo Cada departamento y el Distrito capital de Bogotá, conformará una circunscripción territorial. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000. La circunscripción territorial conformada por el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, elegirá adicionalmente un (1) Representante por la comunidad raizal de dicho departamento, de conformidad con la ley.
Inciso cuarto Las circunscripciones especiales asegurarán la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante estas circunscripciones se elegirán cuatro (4) Representantes, distribuidos así: dos (2) por la circunscripción de las comunidades afrodescendientes, uno (1) por la circunscripción de las comunidades indígenas, y uno (1) por la circunscripción internacional. En esta última, solo se contabilizarán los votos depositados fuera del territorio nacional por ciudadanos residentes en el exterior.

Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:
1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar en las rentas nacionales.

Artículo 288. La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Artículo 289. Por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente.

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.
Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.
La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.
Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

2. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR DE 2008

La Constitución política de la República del Ecuador fue elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente que sesionó entre el 2007 y 2008, y posteriormente fue sometida a referéndum constitucional, a través del cual fue aprobada con el 63.93 % de los votos válidos[75]. El texto aprobado rige como Constitución nacional desde el 20 de octubre de 2008.

La Constitución de 2008 reemplazó a la Constitución de 1998 y es la norma jurídica de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, primando incluso sobre los convenios y tratados internacionales —salvo excepciones en casos de derechos humanos más beneficiosos—, leyes orgánicas y ordinarias, así como las demás normas expedidas por gobiernos autónomos descentralizados de entidades subnacionales y las redactadas por ministerios e instituciones públicas (art. 424 y 425 Constitución del Ecuador). Esta supremacía obliga a que todas las nuevas normas estén en concordancia con los derechos y garantías establecidas en el texto constitucional.

A diferencia de las anteriores constituciones ecuatorianas, la Constitución de 2008 establece la separación de funciones del Estado en cinco, agregando a las tres tradicionales (ejecutiva, legislativa y judicial) dos nuevas: la electoral y la de transparencia y control social.[76]

Respecto a los pueblos indígenas que habitan el Ecuador, su población indígena asciende a cerca de 1,1 millón de habitantes, sobre una población total de 16.686.512 habitantes. Existiendo en la actualidad 14 nacionalidades ubicadas en la costa, sierra y amazonia, algunas de estas nacionalidades cuentan con muy baja población y viven en situación altamente vulnerable (IWGIA, 2018).

La Encuesta de Pueblos y Nacionalidades del Ecuador ECONOAP del 2002[77] brinda información sobre la incidencia de pobreza en los pueblos indígenas, pues según la encuesta 9 de cada 10 personas indígenas no han podido satisfacer sus necesidades básicas, situación que es más grave en el caso de hogares indígenas cuya jefatura es una mujer. Según esta encuesta la incidencia de la pobreza alcanza en el caso de las mujeres al 90.12%, en tanto que en los hombres es el 89.69%. Los datos de extrema pobreza demuestran que el 68.22% de las mujeres indígenas están en esta condición, frente a un 66.96% de hombres. Mientras que los datos de analfabetismo en la población indígena revelan que el 19.69% de los hombres y el 35.94% de las mujeres indígenas son analfabetas.

Asimismo, Ecuador sigue sosteniendo su economía en un modelo de acumulación extractivista, por lo que la principal fuente de ingresos proviene de la actividad petrolera, lo cual si bien ha permitido extender la cobertura de las políticas sociales[78], genera impactos negativos en los territorios indígenas y sus sistemas de vida y cultura.

75 https://www.20minutos.es/noticia/419324/0/ecuador/constitucion/aprobada/

76 Constitución de Ecuador disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf

77 Sistema Integrado de Indicadores Sociales del Ecuador SIISE y Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades indígenas CODENPE, 2002. En: http://www.accionecologica.org/images/2005/criminalizados/analisis.pdf Pag. 15.

78 Alberto Acosta, Análisis de Coyuntura, ILDIS, Quito, 2010, p. 16. http://www.fes-ecuador.org/pages/lineas-de-trabajo/economia-ydesarrollo-sustentable/analisis-de-coyuntura-economica-2009.php

Ecuador ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, el cual fue reconocido como ley interna en 1998, y ha suscrito la Declaración de Naciones Unidas sobre pueblos indígenas.

2.2. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Ecuador

El artículo 57 de la Constitución ecuatoriana es el que reconoce en mayor medida los derechos colectivos de las comunidades, pueblos indígenas y nacionales del Ecuador; sin embargo, encontramos otros artículos que reconocen o hacen mención a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a lo largo de toda la carta constitucional.

Asimismo, para el análisis de los derechos y a fin de hacerlo comparativo a las constituciones de Bolivia y Colombia, hemos agrupado estos derechos, en derechos territoriales, políticos y culturales. Comenzando con un resumido análisis de cómo se reconoce en estos países la diversidad cultural, cómo se definen los estados a partir de esta diversidad y quiénes son considerados pueblos indígenas o sujetos de derechos colectivos para estos países.

a. Reconocimiento de la diversidad cultural, configuración de Estado y reconocimiento de sujetos de derecho colectivo

Uno de los principales aspectos de la Constitución ecuatoriana de 2008 es el reconocimiento, desde su preámbulo, a las diversas culturas que han sobrevivido a los periodos de conquista incaica y española y que se encuentran presentes en las comunidades indígenas tanto de la zona andina, como de la zona amazónica y de la costa, a las que trata de reestablecer y garantizar los derechos que les fueron negados durante el periodo colonial.

El preámbulo también reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho por ser de vital importancia para la existencia humana.

> Preámbulo Constitución de Ecuador:
> "Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que nosotros somos parte y que es vital para nuestra existencia. Invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir:
> Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*. Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades (…)"

Este reconocimiento a la diversidad cultural del país y el correlativo reconocimiento como sujetos de derecho a las comunidades, pueblos y nacionalidades, así como a la naturaleza, toma un giro de propuesta política para la convivencia, al señalar que la implementación del *sumak kawsay* o "buen

vivir" busca alcanzar el bien común para las personas en concordancia y armonía con la naturaleza, y el desarrollo sostenible. Para lo cual desarrolla más adelante toda una sección (Título VII sobre el régimen del buen vivir) sobre convivencia social, inclusión y equidad, biodiversidad y recursos naturales, salud, educación, cultura, etc.

Asimismo, el reconocimiento al *sumak kawsay,* al ser uno de los principios indígenas fundamentales, implica también un reconocimiento político a los conocimientos, espiritualidad y sabiduría de los pueblos indígenas.

Por otro lado, desde el primer artículo de la Constitución de Ecuador del 2008 se define al país como un Estado plurinacional e intercultural, entre otros.

> Art. 1. Constitución de Ecuador
> "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico."

Lo cual es un giro importante respecto a la Constitución de 1998 que reconocía al Estado ecuatoriano como pluricultural y multiétnico, es decir, con un enfoque más culturalista y estático, frente al énfasis político que adquiere ahora con el reconocimiento a las nacionalidades indígenas y de mayor interrelación cultural a través de la interculturalidad como principio orientador.

Sobre las características específicas de la plurinacionalidad, es importante señalar que una de las organizaciones que más abogó por la consideración del Ecuador como Estado plurinacional fue la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador – CONAIE, la cual plantea que:

> "La Plurinacionalidad es un sistema de gobierno y un modelo de organización política, económica y sociocultural que propugna la justicia, las libertades individuales y colectivas, el respeto, la reciprocidad, la solidaridad, el desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad ecuatoriana y de todas sus regiones y culturas, en base al reconocimiento jurídico político y cultural de todas las nacionalidades y pueblos indígenas que conforman el Ecuador. (…) "Esta nueva forma de organización estatal exige un nuevo tipo de democracia, cuyo sustento sea el auto reconocimiento sociocultural mutuo y el consenso como forma de acción y organización jurídico política. Esta nueva democracia permitirá fortalecer al Estado ecuatoriano asentado en la unidad de la diversidad..."[79] .

En este sentido, la plurinacionalidad no se plantea como un elemento que fomenta el separatismo o la división del Estado, sino por el contrario, como un elemento que "promueve la equidad social y política, la justicia económica, la interculturalidad de toda la sociedad, y el derecho de las nacionalidades y pueblos al control territorial y a su gobierno comunitario dentro del Estado unitario, en igualdad de condiciones con los demás sectores de la sociedad" [80].

79 Proyecto político de las nacionalidades indígenas del Ecuador. CONAIE. diciembre de 2007. En: Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Junio de 2008, párr.12 y 13. http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-acerca-del-proceso-de-revision-constitucional-en-ecuador-2008

80 Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva Constitución del Ecuador - Por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico (2007), pág. 10.

Asimismo, como bien lo ha señalado el ex Relator James Anaya (2008), el planteamiento de la CONAIE se corresponde con el marco normativo internacional, que ha sido ratificado y suscrito por el Gobierno del Ecuador, como el Convenio 169 de la OIT que en su preámbulo reconoce "las aspiraciones de estos 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...", y con la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, que se erige bajo el principio de igualdad entre todas las personas y pueblos (art.1), y establece el derecho a la libre determinación (art.3) en el marco de la unidad política e integridad territorial de los Estados (art. 46.1)

En este sentido el ex Relator James Anaya considera:

> "En el contexto ecuatoriano, la plurinacionalidad es coherente con la afirmación de la diversidad étnica y cultural, tomando debidamente en cuenta a las agrupaciones indígenas que ya durante tiempo, y dentro del marco constitucional actual, se hayan denominado como "nacionalidades". Respondiendo a una propuesta del movimiento indígena del país como parte de su programa para fortalecer el reconocimiento de sus derechos fundamentales, la aceptación de la plurinacionalidad en el marco constitucional reforzaría el compromiso de la sociedad ecuatoriana con respecto al reconocimiento de las nacionalidades y pueblos indígenas y de un Estado "pluricultural" ya reflejado en la Constitución de 1998"[81].

Asimismo, como grupos culturales y sujetos de derechos colectivos que la Constitución de Ecuador reconoce, se encuentran los pueblos indígenas organizados en "comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas", el pueblo afroecuatoriano[82] y el pueblo montubio[83].

> Art. 56 Constitución Política de Ecuador:
> "Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible."

Finalmente, un aspecto a resaltar, que va de la mano con la historia de dominación y colonialismo que la Constitución de Ecuador busca erradicar, es la lucha contra la discriminación fundada en la identidad étnica o cultural de las personas o colectivos. Para lo cual la Constitución garantiza el "no ser objeto de racismo ni de ninguna forma de discriminación fundada en el origen, identidad étnica o cultural" (art. 57, inc 2.), y, estableciendo a su vez, formas de "reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación" (art. 57, Inc. 3).

---

81 Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Junio de 2008, párr.19.

82 Art. 58 Constitución Política de Ecuador.

83 Comunidades mestizas y rurales de las provincias costeras de Ecuador, reconocidas en el Art. 59 de la Constitución: "Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley."

b. Reconocimiento de los derechos territoriales

Entre los derechos colectivos más importantes y de mayor demanda por parte de los pueblos indígenas se encuentran los derechos vinculados a la tierra y al territorio, ya que es en estos espacios donde los pueblos indígenas reproducen su cultura y aseguran su subsistencia.

En este sentido, entre los derechos colectivos vinculados al territorio que la Constitución de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas se establecen: el derecho a "conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles", además de garantizar que este tipo de propiedad se encuentra exento del pago de tasas e impuestos (art. 57, inc. 4); el derecho a "mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita" (art.57, inc. 5); el derecho a "no ser desplazados de sus tierras ancestrales" (art. 57, inc. 11); así como el derecho a limitar las actividades militares en sus territorios, de acuerdo a ley (art. 57, inc.20), brindando así un marco bastante garantista a la propiedad colectiva y la posesión de tierras y territorios ancestrales.

Respecto a los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario, la Constitución señala que estos son de "posesión ancestral irreductible e intangible", en los cuales "estará vedada todo tipo de actividad extractiva". Para lo cual, el Estado deberá adoptar "medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos". Agregando que "la violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley" (art. 57).

Asimismo, respecto a los recursos naturales que se encuentran en los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, la Constitución de Ecuador reconoce el derecho a "participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras" (art.57, inc.6); y el derecho a "Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural", el cual enriquece y se complementa con la obligación del Estado de establecer y ejecutar "programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad"(art. 57, inc.8).

Quizá, la parte más innovadora en relación a los derechos territoriales de la Constitución de Ecuador, es la vinculada a las circunscripciones territoriales autónomas que pueden constituir los pueblos indígenas:

> Art. 60, Constitución de Ecuador:
> "Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial."
>
> Art. 242, Constitución de 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."

Como puede observarse, la Constitución de Ecuador estable la organización territorial del Estado en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales, las cuales cuentan con gobiernos autónomos descentralizados, y se conforman por una autoridad ejecutiva y un órgano legislativo que serían los consejos regionales, consejos provinciales, consejos municipales y juntas parroquiales respectivamente[84].

Sin embargo, establece también regímenes especiales, por razones de conservación ambiental, étnico-cultural o demográfica, entre ellas las "Circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales" que contarán con regímenes especiales[85].

Más adelante también reconoce a la Amazonía como una circunscripción especial para la que deberá existir una planificación integral por ley, que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección no solo de sus ecosistemas, sino también, del principio del *Sumak Kawsay*[86].

Asimismo, dentro del régimen especial a las Circunscripciones Territoriales Indígenas (CTI) se establece que sus competencias están enmarcadas en los derechos colectivos y en los principios de interculturalidad y plurinacionalidad.

> Art. 257 Constitución de 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."

Esto sin duda es un avance importante, porque permite a los pueblos indígenas, en cada gobierno local parroquial, municipal y provincial donde cuenten con población indígena mayoritaria, decidir mediante consulta sus propias formas de gobierno, organización y gestión con territorio y presupuesto incluidos. Lo que sin duda permite interculturalizar la gestión pública con los aportes de los pueblos indígenas. Sin embargo, la forma en que se organizarán las circunscripciones territoriales indígenas, no es tan autónoma en realidad, pues siempre deberán organizarse bajo el esquema de las parroquias, municipios o provincias, y sus presupuestos siempre corresponderán a los de un gobierno local, que generalmente son presupuestos reducidos[87].

84 Capítulo tercero de la Constitución de Ecuador sobre Gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales

85 Art. 257 Constitución de Ecuador.

86 Art. 250 de la Constitución de Ecuador.

87 Ver: Gobiernos Locales enfrentan problemas presupuestarios: https://lahora.com.ec/quito/noticia/1102201873/gobiernos-locales-enfrentan-problemas-presupuestarios-

c. Reconocimiento de los derechos políticos

Respecto a los derechos políticos que la Constitución de Ecuador reconoce a los pueblos indígenas, encontramos el derecho a la consulta previa, libre e informada:

> Art.57, inc.7:
> "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley."
>
> Art.57, inc. 17:
> "Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos."

Si bien, en la Constitución ecuatoriana de 1998 ya se incluía el derecho a la consulta previa, sigue siendo novedosa la introducción de un derecho fruto del Convenio 169 de la OIT, en la normativa constitucional.

Aún así, se pueden observar ciertas dificultades que limitan el ejercicio de este derecho. Como, por ejemplo, que la consulta se centre principalmente para actividades extractivas de recursos naturales no renovables y para afectaciones ambientales, dejando de lado las actividades extractivas de recursos renovables (como la forestal) que pueden igualmente afectar sus derechos colectivos como sus propias prioridades de desarrollo, por ejemplo; es decir, no solo afectaciones ambientales.

Así también, dejando fuera los planes y políticas públicas que pudieran afectar a los pueblos indígenas, para los cuales, la constitución solo contempla la participación:

> Art. 57, inc. 16 Constitución de Ecuador
> "Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado."

Asimismo, resalta como un gran vacío el que no se señale el objetivo de la consulta, que sería llegar a consensos entre el Estado y los pueblos indígenas, y la no obligatoriedad del consentimiento de la comunidad consultada, en cuyo caso se procederá en conformidad de los derechos constitucionales o a la ley.

En este sentido, el ex Relator James Anaya ha señalado la importancia de un reconocimiento adecuado del derecho de consentimiento previo, libre e informado:

> "En virtud de las normas y de la jurisprudencia internacionales, los principios de consulta y consentimiento implican la obligación por parte del Estado de realizar consultas

> efectivas con los pueblos indígenas y sus autoridades representativas con miras a obtener un consenso en torno a las medidas que puedan afectarles, y en este proceso deben participar activamente los pueblos interesados con el mismo objetivo de llegar a un consenso. El reconocimiento de los derechos indígenas en la nueva Constitución del Ecuador debería regular como mínimo el ejercicio de estos derechos de conformidad con el actual reconocimiento internacional, sin perjuicio de los mayores avances que puedan tener cabida en el actual proceso constituyente.[88]"

Es importante señalar, que la Constitución ecuatoriana establece el principio de reserva legal, por medio del cual la Asamblea Nacional (antes Congreso Nacional) tiene la facultad exclusiva de crear, modificar o suprimir leyes, en los casos que impliquen regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.[89] Sin embargo, esta reserva legal en la práctica no se ha cumplido, pues se han expedido normas que regulan la consulta previa, libre e informada, a través de reglamentos, lo cual atenta contra el principio de legalidad (Carrión, 2012).

Asimismo, la Constitución ecuatoriana reconoce las propias formas de organización de los pueblos indígenas y su derecho a conservarlas y desarrollarlas dentro de sus territorios ancestrales y tierras comunitarias de posesión ancestral:

> Art. 57, inc.1, 9, 15 y 18 Constitución de Ecuador:
> "Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social".
> "Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral".
> "Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización".
> "Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales".

Así como, desarrollar relaciones y cooperación con los pueblos que se encuentren divididos por fronteras internacionales, lo cual es un reconocimiento fundamental, no solo de la preexistencia de los pueblos indígenas antes de la creación de los Estados y sus fronteras sino de la vigencia de sus culturas, redes de intercambio y organización que se mantienen y reproducen al margen de las fronteras que han intentado separarlos. Y hace visible también la necesidad de trabajar en políticas binacionales para los pueblos indígenas que habitan las fronteras.

Finalmente, vinculado a sus derechos políticos, se reconoce su derecho a "crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario", el cual no podrá vulnerar los derechos constitucionales, en particular los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes (art. 57, inc.10).

88 Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Junio de 2008, párr. 44.

89 Constitución del 2008, art. 132 numeral 1.

Y que se desarrolla más adelante también, en el artículo 171 sobre justicia indígena:

> "Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria".

Estos artículos son importantes, pues, a través de ellos, se está garantizando la función jurisdiccional de las comunidades, pueblos y nacionales indígenas dentro de su ámbito territorial, en base a sus tradiciones ancestrales y derecho propio; y, resaltando que deberá realizarse con la participación y decisión de las mujeres. Dejando en claro, la importancia de garantizar y promover la participación de las mujeres en la función jurisdiccional.

Por otro lado, la restricción de la jurisdicción indígena a la Constitución y los derechos humanos es un principio constitucional establecido tanto para la jurisdicción ordinaria como para la jurisdicción indígena, y un avance respecto a la Constitución de Ecuador de 1998, que establecía como restricciones a la jurisdicción indígena, no solo la Constitución y los derechos humanos, sino también la ley y el orden público. En la actual Constitución incluso se aclara que ni los jueces de paz podrán prevalecer sobre la justicia indígena (art. 189).

Sobre los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, que se establecerá mediante ley y que muchas veces resulta complejo de abordar, el ex Relator James Anaya ha señalado:

> "También es aconsejable que las partes interesadas impulsen coordinadamente un proceso de fortalecimiento de los propios sistemas de justicia de las comunidades y pueblos indígenas. El Estado debería asegurar el apoyo técnico y financiero para tal fin. Este proceso conllevaría la valoración y rescate por parte de cada pueblo indígena de sus propios conocimientos y prácticas relacionadas con la resolución de conflictos y la administración de justicia. Además, se requiere la formación y capacitación de las autoridades indígenas encargadas de administrar justicia sobre el funcionamiento básico de la jurisdicción estatal ordinaria, y conocimiento sobre principios internacionales de los derechos humanos. A la misma vez, se debe tener en cuenta que los sistemas de administración de cada comunidad y pueblo indígena necesitarían tener un carácter dinámico que les permitiría evolucionar a situaciones y contextos futuros de manera congruente con sus propios preceptos culturales, sociales y políticos"[90].

90 Observaciones sobre los avances y desafíos en la implementación de las garantías de la Constitución Política del Ecuador sobre los derechos de los pueblos indígenas**.** Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Septiembre 2010, párr. 10.

Asimismo, el artículo 171 hace una vinculación directa entre jurisdicción y territorio, al señalar que la jurisdicción indígena se desarrollará dentro de su ámbito territorial y, como bien lo ha advertido el ex Relator James Anaya, el proceso de definición de nuevas circunscripciones territoriales indígenas podría prever la convergencia de autoridades indígenas y no indígenas según las circunstancias, para lo cual recomienda asegurar como principio fundamental que las autoridades y el derecho indígena no se vean suprimidos por dicha configuración territorial, sino más bien acomodarse y fortalecer la autonomía indígena de acuerdo a los patrones tradicionales[91].

d. Reconocimiento de los derechos culturales

En relación a los derechos culturales que reconoce la Constitución ecuatoriana a los pueblos indígenas se encuentra el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer su identidad cultural, sentido de pertenencia y tradiciones ancestrales (art. 57, inc. 1), así como a impulsar el uso de sus vestimentas, símbolos y los emblemas que los identifiquen (art. 57. Inc. 19).

La identidad cultural como el conjunto de referencias culturales por el cual una persona o un grupo se define, se manifiesta y desea ser reconocido, implica el reconocimiento inherente a la dignidad de la persona, e integra en un proceso permanente la diversidad cultural, lo particular y lo universal, la memoria y el proyecto futuro (Ruiz, 2007).

Aspectos fundamentales para todo grupo cultural, pues les permiten fortalecer su identidad colectiva, además de ser reconocidos como diferentes por otras culturas. Así, el promover la identidad cultural, el sentido de pertenencia y las tradiciones ancestrales sin duda ayuda a evitar la asimilación hacia otras culturas hegemónicas.

Se reconoce también el derecho a proteger y desarrollar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, que se trasmiten de generación en generación brindando un sentido de identidad y continuidad, lo cual va de la mano con la prohibición de su apropiación y con el derecho a recuperarlos:

> Art.57, inc.12. Constitución de Ecuador:
> "Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.
> Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas".

Es relevante también, que se señale que la recuperación, protección, desarrollo y preservación del patrimonio cultural e histórico de los pueblos indígenas es parte indivisible del patrimonio de

91 Observaciones del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas acerca del proceso de revisión constitucional en el Ecuador. Junio de 2008, pág. 5. http://unsr.jamesanaya.org/special-reports/observaciones-acerca-del-proceso-de-revision-constitucional-en-ecuador-2008

Ecuador, y para ello, el Estado destinará los recursos necesarios (art.57, inc.13). Pues implica reconocer y valorar las raíces indígenas que conforman el Estado de Ecuador.

La Constitución de Ecuador también reconoce el derecho a la educación intercultural bilingüe en todos los niveles de educación, la cual deberá recoger la diversidad de las culturas, tradiciones, historias y aspiraciones de los pueblos indígenas.

> Art.57. inc.14. Constitución de Ecuador
> "Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.
> Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas."

Este reconocimiento a nivel constitucional es fundamental, ya que la educación sin duda es la herramienta privilegiada por muchos actores sociales y políticos para la construcción de un determinado proyecto de Estado y sociedad. No es casualidad que la CONAIE configurara desde sus inicios a la educación intercultural bilingüe como base de su proyecto político, y como herramienta fundamental en su lucha por la construcción de Ecuador, como un Estado intercultural y plurinacional (Rodríguez, 2018).

La interculturalidad también sale fortalecida en todo el ámbito educativo y no solo a nivel de la educación intercultural bilingüe, como se aprecia en el art. 28 sobre educación en general al señalar que: "Es derecho de toda persona y comunidad a interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones". Resaltando con ello, la importancia del diálogo intercultural como espacio de interaprendizaje entre diversas culturas y por ende el deber del Estado en promoverlo.

Por último, es relevante el rol que se da a los medios de comunicación en la educación y en la creación y fortalecimiento de las identidades, y en el derecho de todos a acceder a la comunicación sin discriminación alguna:

> Art. 57, inc.21. Constitución de Ecuador
> "Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna".

En resumen, se puede señalar que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 es un avance significativo para el reconocimiento de los derechos humanos de los pueblos indígenas que habitan Ecuador, y un importante precedente para la región.

Sin embargo, guarda algunos vacíos como el no reconocimiento de modo explícito del derecho colectivo al autogobierno, o la creación de una Asamblea Plurinacional propuestos por la CONAIE,[92] manteniendo los criterios de representación política de la Constitución de 1998; el no garantizar el derecho a la consulta previa, libre e informada de acuerdos a los estándares internacionales; y, el no reconocimiento de los idiomas indígenas como idiomas oficiales al igual que el castellano, entre otros.

Plantea también algunos desafíos que se visibilizarán más en la implementación de estos derechos, como el desarrollar, con la participación efectiva de los pueblos indígenas, los marcos legislativos que permitan hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución, entre ellos, por ejemplo, la elaboración de un marco legal para regular la jurisdicción indígena.

92 Propuesta de la CONAIE frente a la Asamblea Constituyente: principios y lineamientos para la nueva Constitución del Ecuador - Por un Estado plurinacional, unitario, soberano, incluyente, equitativo y laico (2007).

ANEXO

Principales derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de Ecuador

Art. 56.- Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural.
3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.
4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.
5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.
6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.
   Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la

agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.

Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas.

13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.
14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje.

    Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas.

    Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.
16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.
17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.
18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen.
20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley.
21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna.

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.

El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres.

Art. 58.- Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Art. 59.- Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.

Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena. (…)

Art. 242.- 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.

Art. 250.- El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del sumak kawsay.

Art. 257.- 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.

3. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA DEL 2009

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia fue elaborada por la Asamblea Constituyente de Bolivia y aprobada mediante referéndum constitucional convocado por el Congreso nacional el 25 de enero de 2009, con un voto aprobatorio del 61.43%[93]. Fue promulgada por el presidente Evo Morales el 7 de febrero de 2009 en la ciudad El Alto en un evento multitudinario, donde el mandatorio hizo repaso de la historia de Bolivia, recordando a los héroes indígenas de la época de la colonia hasta la actualidad, y en el que remarcó que en honor a ellos nacía una nueva república, pues la promulgación de la Constitución significaba una "nueva independencia de Bolivia".[94]

En la elaboración de esta Carta Constitucional sin duda los movimientos sociales indígenas tuvieron un aporte decisivo. Por un lado, porque ya desde la década de los 90 venían exigiendo una Asamblea Constituyente, que revirtiera la historia de exclusión y subordinación que prevalecía en Bolivia desde la época de la colonia, y por otro, porque poco a poco se habían ido consolidado como un movimiento indígena fuerte.

Recordemos, que si bien a lo largo de toda la historia colonial y republicana de Bolivia se realizaron diferentes levantamientos indígenas, es a partir de los años noventa que obtienen una especial fuerza que se visibiliza en la "Marcha por la dignidad y el territorio", convocada por la Central Indígena del Oriente Boliviano (CIDOB) frente al avasallamiento de sus tierras por parte de hacendados y madereros, por la cual demandaban el reconocimiento de sus territorios, la propiedad colectiva de sus tierras y el respeto a sus usos y costumbres (Vargas y Gamboa, S.F). Con esta marcha el movimiento indígena trasforma los escenarios políticos tradicionales, pues logra que grupos indígenas de las tierras altas y bajas agrupen sus demandas y marchen juntos hacia La Paz, consiguiendo que su demanda territorial sea escuchada al lograr la obtención de siete territorios indígenas por decreto supremo (Garcés, 2013).

El movimiento indígena boliviano siguió fortaleciéndose y en el año 1994 con la "Marcha por la vida, la coca y la soberanía" exigen la refundación de Bolivia y la convocatoria a una Asamblea Constituyente, para lo cual inician un trabajo de incidencia para buscar apoyo y representación política (Do Alto, 2007).

En este contexto, y durante los años 2000, los pueblos indígenas ya cuentan con organizaciones fuertemente estructuradas, que cuestionan el orden neoliberal boliviano, por los estragos que venía causando, y desconocen explícitamente la construcción histórica del Estado Nación que legitima su situación de inferioridad (Soruco, 2011). En este periodo, se unen a los principales movimientos sociales de Bolivia durante la guerra del agua y el gas, exigiendo con mayor fuerza la realización de una Asamblea Constituyente Fundacional (Vargas y Gamboa, S.F).

93 Corte Nacional Electoral. «Referéndum Nacional Constituyente 2009». https://web.archive.org/web/20090203110442/http://www.cne.org.bo/ResultadosRNC2009/

94 Ver: "Bolivia promulga nueva Constitución" http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7877000/7877041.stm

En el 2004, se forma el Pacto de Unidad Programático, que agrupa a organizaciones campesinas, indígenas, originarios y asalariados del campo, a fin de tener una participación decisiva y en bloque en la Asamblea Constituyente -que venía exigiendo-, y para la cual presentaron una propuesta de Ley de Convocatoria a la Asamblea Constituyente, en la que proponen que dicha Asamblea sea *soberana*, para que no se encontrara sometida a los poderes constituidos, *participativa*, para evitar que solo una élite participara, y *originaria y fundacional,* porque querían iniciar desde sus bases la construcción de un nuevo Estado (Garcés, 2013). Esta estructura, alianzas y aportes les aseguró una participación activa durante todo el proceso constituyente.

Respecto a la población indígena en Bolivia, según el Censo Nacional de 2012, el 41% de la población boliviana mayor de 15 años tiene origen indígena[95]. Existiendo 36 pueblos indígenas reconocidos en el país, siendo el grupo mayoritario el pueblo Aymara. Y hasta la fecha, los pueblos indígenas "han consolidado en propiedad colectiva 23 millones de hectáreas bajo la figura de Tierras Comunitarias de Origen (TCO), que representa el 21% de la extensión total del país" (IWGIA, 2018, pág. 170) y con la aprobación del decreto N° 727/10, las TCO pasan a denominarse constitucionalmente Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC).

La economía de Bolivia se basa principalmente en la explotación de recursos naturales para la exportación. Actualmente las principales exportaciones bolivianas están compuestas por el gas natural, minerales como el zinc y el oro, y la soya[96].

Bolivia ha aprobado y ratificado el Convenio 169 de la OIT en 1991, y ha suscrito la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos Indígenas, la cual está plenamente vigente a partir de la aprobación de la Ley N.º 3760, el 7 de noviembre de 2007.

3.1. Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de Bolivia

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia es una de las constituciones que brinda uno de los mayores reconocimientos a los derechos colectivos de los pueblos indígenas a nivel mundial, se destaca no solo por su carácter simbólico y reivindicativo a las formas de vida y culturas de los pueblos indígena originario campesinos, sino también porque brinda un marco constitucional que les reconoce importantes de autonomía y propicia para ellos un desarrollo en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Este amplio reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se encuentra principalmente en el art. 30 de la Constitución de Bolivia, pero se reconocen también diversos derechos indígenas a lo largo de casi todo el texto constitucional, el cual se divide en cinco partes: Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías; Estructura y organización funcional

95 Instituto Nacional de Estadística del Estado Plurinacional de Bolivia: https://www.ine.gob.bo/index.php/prensa/publicaciones/121-publicaciones/libros-publicaciones-y-estudios/318-la-paz-censo-2012

96 Ver: https://atlas.media.mit.edu/es/profile/country/bol/

del Estado; Estructura y organización territorial del Estado; Estructura y organización económica del Estado; y, Jerarquía normativa y reforma de la Constitución. Comprendiendo un total de 411 artículos[97].

Y si bien, la Constitución de Bolivia construye una unidad en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas a lo largo de toda la Carta fundamental y logra transversalizar el principio de interculturalidad a lo largo de todo el texto constitucional, nos centraremos en analizar los principales derechos indígenas que ésta reconoce, lo que nos permitirá apreciar cómo se viene configurando el nuevo Estado plurinacional de Bolivia.

a. Reconocimiento de la diversidad cultural, configuración del Estado y reconocimiento de sujetos de derecho colectivo

La Constitución de Bolivia desde su preámbulo reconoce a la diversidad cultural como un componente natural en la conformación como pueblos. Sin embargo, este realce de la diversidad cultural y la composición plural del pueblo Boliviano, se señala, se ve interrumpida con la instauración del racismo que trae la colonia.

> Preámbulo de la Constitución del Estado plurinacional de Bolivia:
>
> "En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.
>
> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.
>
> Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.
>
> Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática,

97 Ver Constitución del Estado plurinacional de Bolivia en: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

> productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.
>
> Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.
>
> Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.
>
> Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia".

En este sentido, se busca dejar de lado ese pasado colonial y construir un nuevo Estado o refundar Bolivia. Como si la intención que busca la Constitución fuera la de borrar todo el lapso de tiempo comprendido entre el inicio de la colonización y la de su promulgación (Vargas y Gamboa, S.F).

Por ello, busca construir una sociedad basada en el respeto y la igualdad, y en principios, como el buen vivir, la complementariedad, solidaridad y armonía, entre otros, buscando con ello "Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales" (art. 9, inc.1).

Esta nueva condición de identidades plurinacionales y Estado plurinacional, va de la mano con la voluntad colectiva de lograr la descolonización y el reconocimiento de la diversidad cultural boliviana (Prada, 2010), y se contrapone a la antigua concepción de Estado homogéneo y monocultural que existía en el "Estado colonial, republicano y neoliberal" que busca erradicar.

Bolivia se define plurinacional porque articula su organización económica, social, jurídica y política a todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos y a la población del campo y la ciudad (Pinto,2012).

Asimismo, su definición de Estado de carácter comunitario, viene enmarcada por el reconocimiento de las instituciones culturales que organizan y dan estructura a las comunidades, sean rurales o urbanas (Prada, 2008), y porque expresa la forma de vida comunitaria de los pueblos indígenas, a nivel político, social y económico.

Sobre quiénes son las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y por ende los sujetos de derechos colectivos, la Constitución de Bolivia brinda una definición bastante amplia, incluso mayor al reconocimiento que establece el Convenio 169 de la OIT, sobre qué grupos estarían comprendidos bajo ésta denominación.

> Art.30. I. Constitución Política de Bolivia
>
> "Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española".

Indirectamente, reconoce a 36 naciones y pueblos indígena originario campesinos, al reconocer sus idiomas como idiomas oficiales de Estado (art.5.I).

Reconoce también al pueblo afroboliviano, de orígenes postcoloniales, todos los derechos otorgados a las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 32); y a las naciones y pueblos en aislamiento y no contactados, a quienes reconoce el derecho a mantenerse en dicha condición, siendo protegidos y respetados en sus formas de vida (art.31).

Un aspecto que resalta, y que va de la mano con las nacionalidades y pueblos indígenas que se reconocen, es el reconocimiento al derecho a la autoidentificación cultural (art.21.1), mediante el cual con la sola autoproclamación de pertenecer a un grupo indígena ya se es considerado como tal, sin mayores requisitos y trámites legales, pudiendo inscribirse la identidad cultural junto a la ciudadanía boliviana en los documentos de identidad, si así se deseara (art.30.II.3).

Sobre esta parte debemos recordar, que ya el Convenio 169 de la OIT establecía en su artículo 1, inc. 2, que la conciencia de la identidad indígena debía considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que aplicaban las disposiciones del Convenio, por lo que en esta parte la Constitución de Bolivia es bastante garantista.

b. Reconocimiento de los derechos territoriales

El reconocimiento a los derechos territoriales de las nacionalidades y pueblos indígena originario campesinos de Bolivia es uno de los aspectos más consolidados en la Constitución de Bolivia, a través del cual se reconoce su derecho a la titulación colectiva de sus tierras y territorios (art. 30.II.6).

Al respecto, se desarrolla todo un capítulo[98] que busca garantizar este derecho, y que establece, entre otros, que el Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social (art. 393), declarando a la propiedad comunitaria o colectiva indivisible, inembargable, inalienable e irreversible, además de liberarla del pago de impuestos a la propiedad agraria:

> Art. 394. III. Constitución de Bolivia
>
> "El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad".

98 Capítulo Noveno sobre Tierra y Territorio.

Asimismo, las tierras fiscales podrán ser entregadas a naciones y pueblos indígena originario campesinos "que no las posean o las posean de forma insuficiente", de acuerdo a una política estatal que atienda las realidades ecológicas y geográficas, así como las necesidades poblacionales, sociales, culturales y económicas". Agregando que esta dotación respetará la "titularidad de las mujeres al acceso, distribución y redistribución de la tierra, sin discriminación por estado civil o unión conyugal" (art. 395. I). Señala también que la función social de la propiedad, se entiende como el aprovechamiento sustentable de la tierra, reconociendo las normas propias de las comunidades (art.397.II).

Se prohíbe el latifundio por ser contrario al interés colectivo. Entendiendo por latifundio a la tenencia improductiva a la tierra, la tierra que no cumpla la función económica social, y la explotación de la tierra bajo un sistema de servidumbre, semiesclavitud o esclavitud. En ningún caso la superficie máxima de una propiedad podrá exceder de cinco mil hectáreas (art.398). Esto sin duda ayuda al no acaparamiento de tierras que generan, en muchas circunstancias, vulneraciones graves a las formas de vida de las comunidades.

Sin embargo, la Constitución de Bolivia también aclara que los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares ubicados dentro de los territorios indígena originario campesinos deben ser respetados.

> Art. 394. I. Constitución de Bolivia
>
> "La propiedad agraria individual se clasifica en pequeña, mediana y empresarial, en función a la superficie, a la producción y a los criterios de desarrollo. Sus extensiones máximas y mínimas, características y formas de conversión serán reguladas por la ley. Se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesinos".

Lo cual, junto con contravenir lo expresado en el Convenio 169 de la OIT que establece que "deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia" (art. 14, inc.1), sin duda, da continuidad a las políticas coloniales y republicanas de apropiación de las tierras indígenas, que se busca dejar de lado.

Por otra parte, se establece que la integridad de los derechos territoriales de las naciones y pueblos indígenas, incluyen no solo el derecho a la tierra, sino también "el derecho al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables" que se encuentren en sus territorios; y se reconoce "la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza" (art. 403.I).

Se reconoce que el territorio indígena campesino comprende tanto las "áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de recursos naturales, y espacios de reproducción social, espiritual y cultural" (art. 403.II).

Asimismo, donde exista superposición de los territorios indígenas con áreas protegidas, la gestión deberá ser compartida con el Estado y se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas (art. 385.II). Además de dotarlos de la titularidad exclusiva de los derechos de aprovechamiento

y gestión, cuando las naciones y comunidades indígenas se encuentren dentro de áreas forestales (art. 388).

El agua, como recurso estratégico que asegura la sustentibilidad de los modos de vida y como un recurso de vital importancia para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, se reconoce como "derecho fundamentalísimo para la vida, en el marco de la soberanía del pueblo", garantizando su uso y acceso sobre la base de los principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad (art. 373.I).

Se garantiza que el Estado respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de sus organizaciones sobre el derecho, manejo y gestión sustentable del agua (art. 374.II y 375.II). Lo cual, sin duda, nos habla de la importancia y comprensión del agua como un bien común.

c. Reconocimiento de los derechos políticos

Uno de los aspectos que sobresale en la Constitución de Bolivia es el reconocimiento al derecho a la libre determinación, y los niveles de autonomía que esto conlleva, de las naciones y pueblos indígenas, en el marco de la unidad del Estado (art.30.II).

El derecho a la libre determinación se encuentra fundamentado en "la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios", y "consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales (…)" (art.2.).

De ello, se desprenden dos aspectos importantes: por un lado, que la libre determinación no implica ninguna división ni fracturación del Estado, puesto que debe interpretarse acorde con el contenido integral de la Constitución y en el marco de la unidad del Estado. Y, por otro lado, define de forma bastante amplia en que consiste este derecho, haciendo referencia a características e instituciones ancestrales de los pueblos indígenas y al reconocimiento de las mismas por parte del Estado.

En este sentido, el derecho a la libre determinación en Bolivia tiene como resultado la autonomía indígena originaria campesina, como ejercicio de su autogobierno.

> Art. 289 de la Constitución de Bolivia
>
> "La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias".

Se debe recordar que durante los debates de la Asamblea Constituyente se puso de manifiesto que la división político-administración de Bolivia, establecida a lo largo de la vida republicana, había impuesto sistemas de fronteras que rompieron con las unidades territoriales tradicionales, resquebrajando la autonomía de los pueblos indígenas, por lo que el debate sobre la devolución de la soberanía a los sectores campesinos fue uno de los puntos más debatidos, ya que los sectores indígenas consideraban a la autonomía como condición y principio de su libertad (Pinto, 2012).

Es por ello que, el derecho a la autonomía indígena cobra especial relevancia, y en ella se incluye a "la gestión territorial autónoma, y el uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros." (art.30. II.17). Asimismo, se declaran a los territorios indígenas originarios campesinos como autonomías indígenas, señalando que también pueden adquirir tal calidad los municipios y regiones de acuerdo a la Constitución y la ley (art.291.I).

Se establece también que se adjudicarán competencias exclusivas a las autonomías indígenas, además de otras competencias compartidas o concurrentes que puedan establecer, para las cuales se brindarán los recursos necesarios de acuerdo a ley (art. 304).

Dentro de las 23 competencias exclusivas que reconoce el artículo 304 a las autonomías indígenas originarias campesinas, se encuentran:

- Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley[99].
- Definición y gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblo.
- Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución.
- Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales, y municipales.
- Administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, en el marco de la política del Estado.
- Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley.
- Crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a Ley.
- Administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de su jurisdicción, entre otras.

Otro aspecto a resaltar es la jurisdicción indígena originaria campesina, reconocida como el derecho a ejercer sus sistemas jurídicos de acuerdo a su cosmovisión (art. 30.II.14) y como una competencia de las autonomías indígenas:

> Art. 190 de la Constitución de Bolivia
>
> "I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.
> II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución".

Estableciendo además que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina gozarán de igual jerarquía (art.179.II).

99 El art. 292. de la Constitución de Bolivia, establece que: "Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley"

Este reconocimiento a la jurisdicción indígena en igualdad de condiciones a la justicia ordinaria, sin duda responde a uno de los lineamientos estratégicos con los que trabajaron las Comisiones de la Asamblea Constituyente, respecto a que la función judicial debía abrirse a los cambios, dejando la vieja institucionalidad vinculada a la impunidad, para transformarse bajo los principios del pluralismo jurídico, buscando "descolonizar el derecho y nacionalizar la justicia" (Pinto, 2012;200).

Este pluralismo jurídico, que se abre ampliamente con la Constitución de Bolivia, sin duda ayuda a fortalecer la autonomía indígena que se busca lograr en los territorios indígenas.

Otro derecho importante que es reconocido en la Constitución de Bolivia es el derecho a la consulta previa, que aparece vinculado a la democracia participativa, y que se señala se ejercerá por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa (art. 11. II).

Más adelante, se reconoce la consulta previa como el derecho:

> "A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan". (Art. 30.II.15)

Si bien, se resalta la inclusión de este derecho en la Carta Constitucional de Bolivia, tanto para medidas legislativas como administrativas que puedan afectar los derechos de los pueblos indígenas, el mismo artículo restringe la consulta, al señalar que será obligatoria respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables, dejando de lado la consulta para los recursos renovables, como los forestales, y para planes o políticas que también pueden afectar sus derechos. Asimismo, se orienta la consulta a la fase de explotación de los recursos, más no a las fases previas, como lo es la etapa exploratoria.

Estas restricciones al derecho a la consulta, tal vez pueden explicarse porque gran parte de la legislación sobre consulta se dio antes de la elaboración de la actual Constitución, como el Reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas (Decreto Supremo N°29033 del 2007), la que se orientó para negociar con grandes empresas, y con la nacionalización de las mismas, los titulares principales son ahora las entidades estatales, por lo que la consulta podría no ocupar un lugar central en la agenda del gobierno, pues podría ser contradictoria a su política de expansión extractiva (DPFL, 2015).

Tampoco se garantiza la finalidad de la consulta, ni se reconoce el derecho al consentimiento, tal como sí se establece en el Convenio 169 de la OIT al señalar que la finalidad de la consulta es llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (art.6, inc.2).

En suma, a nivel constitucional se observa un reconocimiento débil del derecho a la consulta, tal vez como se señaló, porque se busca promover la inversión a través de las actividades extractivas, lo que es contradictorio con el espíritu de la Constitución misma, que buscar lograr un desarrollo sostenible, armónico y de pleno respeto a la naturaleza y derechos de los pueblos indígenas.

Por último, se reconoce el derecho de las naciones y pueblos indígenas a que sus instituciones formen parte de la estructura del Estado (art. 30.II.5) y su derecho a participar en los órganos e instituciones del Estado (art.30.II.18).

Es por ello, que en la Carta Fundamental se incorpora el concepto de democracia comunitaria, al señalar que la democracia se ejerce, entre otras, de forma comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes indígenas, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios (art.11.II.3). Aunque se establece también que el Órgano Electoral supervisará que la elección de estas autoridades y representantes, mediante sus propias normas y procedimientos, se de en estricto cumplimiento de la normativa de estos pueblos (art. 211.II), lo cual no necesariamente sería lo más adecuado porque implicaría una pérdida de autonomía sobre la jurisdicción indígena, siendo esta la que debiera evaluar el cumplimiento o no de sus propias normas y procedimientos.

Se reconoce también a las circunscripciones especiales indígenas, que pasan a formar parte del número total de diputados, las cuales se rigen de acuerdo al principio de densidad poblacional, en aquellos departamentos en los que las naciones y pueblos indígenas constituyan una minoría poblacional, señalando que no pueden trascender los límites departamentales ni establecerse sobre áreas urbanas (art.146.VII).

Esto tuvo un efecto inmediato, porque generó que en el 2009 se constituyeran siete circunscripciones especiales indígenas, sin embargo, para ello primó el respeto de los límites departamentales, bajo el principio republicano, ruralizando lo indígena y considerando únicamente a las minorías, dejando sin representación a los grupos indígenas más fuertes como aymaras y quechuas (Garcés, 2013).

Asimismo, las naciones y pueblos indígenas pueden postular candidatos propios a cargos públicos elegibles, en igualdad de condiciones con las otras fuerzas políticas (art. 209). En este sentido, se ha establecido que al menos dos de los siete miembros del Tribunal Supremo Electoral y al menos uno de los miembros de cada uno de los Tribunales Departamentales Electorales, deben ser de origen indígena originario campesino (art. 206 II y V).

Un aspecto que grafica ampliamente el carácter plurinacional de la Constitución de Bolivia, es que se establece como un criterio de elegibilidad para la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional el criterio de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino (art. 197. I).

d. Reconocimiento de los derechos culturales

La Constitución de Bolivia reconoce a las naciones y pueblos indígena originario campesinos el derecho a la identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión (art.30.II.2). Al reconocer estos importantes derechos, fortalece no solo la diversidad cultural del país, sino también las diferentes plurinacionalidades que protege la Constitución, pues al garantizar el derecho a sus costumbres, cosmovisiones y creencias, se busca proteger el sentido de pertenencia cultural y los elementos que construyen las diferentes identidades, las que, como diría Villoro (2004) orientan el sentir, comprender y actuar de las personas en el mundo.

Se declara también como idiomas oficiales a los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, reconociendo a 36 idiomas indígenas además del castellano como idiomas oficiales (art.5.I). Asimismo, señala que el uso del idioma castellano y al menos uno de los idiomas indígenas debe ser obligatorio en las administraciones públicas (art.5.II), lo cual no solo ayuda a garantizar el acceso de la población indígena a los servicios públicos, brinda visibilidad a las diferentes nacionalidad y pueblos indígenas, sino, sobre todo, aporta al fortalecimiento de las diferentes identidades culturales, pues es a través del idioma que se expresan las formas de entender el mundo y es una herramienta que permite reproducir la cultura en su cotidianeidad.

Otro aspecto a resaltar de la Constitución de Bolivia, es la inclusión de algunos principios indígenas como principios ético-morales de la sociedad plural:

> Art.8. I. Constitución de Bolivia.
>
> "El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)".

Y aunque pareciera que el reconocimiento a estos principios solo reviste un carácter simbólico, estos han sido defendidos y asumidos en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional, como la Sentencia Constitucional 0951/2012-R del 22 de agosto:

> "El efecto deseado de la aplicación del tricálogo en la administración de justicia, es la justicia plural, pronta, oportuna, transparente, sin dilaciones, con honestidad, veracidad y laboriosidad que debe ser característica del servidor público, del ser humano y de los funcionarios en todos los niveles, estos tres principios fundamentan la garantía del vivir bien, esta trilogía normó la vida del hombre ancestral quechua aymara, y tiene hoy prevalente aplicación en la formación del tipo de hombre que busca modelar la Norma Suprema, desechando las practicas coloniales (..) para constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización. (…) Al insertar el Ama Quilla en la Ley Fundamental, el Constituyente, pretendió luchar, entre otros objetivos, contra la retardación de justicia que tiene como causa, precisamente, la flojera, la negligencia, la desidia, a ellos va dirigido el Ama Quilla, no seas flojo, a los fines de que los operadores de justicia despachen en el día los memoriales, remitan los actuados a la instancias correspondientes, notifiquen a las partes de oficio, etc., es necesaria la práctica de este principio, si queremos cambiar e ingresar a la justicia pronta para vivir bien".

Por otro lado, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus conocimientos tradicionales y su medicina ancestral (art.30.II.9). Asimismo, reconoce el derecho a un sistema de salud universal y gratuito que debe respetar la cosmovisión y las prácticas tradicionales de las naciones y pueblos indígenas (art. 30.II.13, art. 35.II.). Para ello, el Estado promoverá y garantizará el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional (art.42.I) e incorporará un registro de medicamentos naturales y protegerá los conocimientos ancestrales "como propiedad intelectual, histórica y cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos" (art.42.II).

Asimismo, el reconocimiento al derecho a la educación intracultural, intercultural y plurilingüe (art. 30.II.12), es otro de los aspectos que sobresale en la Constitución de Bolivia, pues se configura para todo el sistema boliviano (art.78.II). Así, establece que la misión de este tipo de educación será lograr una formación integral de recursos humanos con alta calificación y competencia profesional, promover políticas de extensión e interacción social que fortalezcan la diversidad científica, cultural y lingüística, entre otros, para construir una sociedad con mayor equidad y justicia social (art. 91.II).

Señalando como objetivo de la educación en general:

> Art. 80.II Constitución de Bolivia
>
> "La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado".

Por último, se resalta el reconocimiento como símbolo del Estado, y al mismo nivel que la bandera boliviana, a la whiphala (art. 6.II), bandera de los pueblos indígenas y emblema de sus luchas de reivindicación social.

Por ello, y luego de haber analizado los principales aportes de la Constitución de Bolivia al reconocimiento de los derechos políticos, territoriales y culturales de los pueblos indígenas, vemos que sin duda este reconocimiento es bastante amplio. Sin embargo, se hace necesario analizar, si este amplio reconocimiento brinda una efectiva protección de los derechos indígenas en la práctica.

Asimismo, resalta como referente para la región, la inclusión en el texto Constitucional de Bolivia del derecho a la libre determinación, una de las principales reivindicaciones de las naciones y pueblos indígenas de Bolivia, el cual establece un régimen de autonomías indígenas, con amplias competencias, como el manejo de sus recursos naturales y la participación en la gestión de todos los aspectos que les afecten, entre otros.

Destaca como un logro importante también, la introducción de la perspectiva plurinacional e intercultural, como principios que atraviesan transversalmente todo el cuerpo Constitucional, a partir de los cuales se redefine y reinterpreta el Estado.

Anexo

Principales derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la Constitución de Bolivia

Primera Parte: Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías

Título I Bases fundamentales del Estado.

Capítulo Primero: Modelo de Estado

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Artículo 4. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión.

Artículo 5.
I. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeñotrinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco. (...)

Capítulo Segundo. Principios, valores y fines del Estado

Artículo 8.
I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

Capítulo Tercero. Sistema de gobierno

Artículo 11.
I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:
1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.
2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.
3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.

Título II. Derechos fundamentalísimos y garantías.

Capítulo Tercero. Sección II. Derechos Políticos

Artículo 26.
I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

II. El derecho a la participación comprende:

1. La organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y a la ley.
2. El sufragio, mediante voto igual, universal, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente. El sufragio se ejercerá a partir de los dieciocho años cumplidos.
3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio.
4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.

Capítulo Cuarto: Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos

Artículo 30.
I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.

4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intercultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
13. pequeña, mediana y empresarial, en función a la superficie, a la producción y a los criterios de desarrollo. Sus extensiones máximas y mínimas, características y formas de conversión serán reguladas por la ley. Se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesinos.

II. La pequeña propiedad es indivisible, constituye patrimonio familiar inembargable, y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. La indivisibilidad no afecta el derecho a la sucesión hereditaria en las condiciones establecidas por ley.

III. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad.

Artículo 403.
I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios

de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.
17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.
18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.

Artículo 31.
I. Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva.

II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan.

Artículo 32. El pueblo afroboliviano goza, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Capítulo Quinto: Derechos Sociales y Económicos

Artículo 35. (...)
II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Artículo 42.
I. Es responsabilidad del Estado promover y garantizar el respeto, uso, investigación y práctica de la medicina tradicional, rescatando los conocimientos y prácticas ancestrales desde el pensamiento y valores de todas las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

II. La promoción de la medicina tradicional incorporará el registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural, y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

III. La ley regulará el ejercicio de la medicina tradicional y garantizará la calidad de su servicio.

Capítulo Sexto: Educación, Interculturalidad y Derechos Culturales

Artículo 78.
I. La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad.

II. La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.

III. El sistema educativo se fundamenta en una educación abierta, humanista, científica, técnica y tecnológica, productiva, territorial, teórica y práctica, liberadora y revolucionaria, crítica y solidaria.

IV. El Estado garantiza la educación vocacional y la enseñanza técnica humanística, para hombres y mujeres, relacionada con la vida, el trabajo y el desarrollo productivo.

Artículo 79. La educación fomentará el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético morales. Los valores incorporarán la equidad de género, la no diferencia de roles, la no violencia y la vigencia plena de los derechos humanos.

Artículo 80. (...)
II. La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado.

Sección III: Culturas

Artículo 98.
I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones.

II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país.

Artículo 100.
I. Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado.

II. El Estado protegerá los saberes y los conocimientos mediante el registro de la propiedad intelectual que salvaguarde los derechos intangibles de las naciones y pueblos indígena originario campesinas y las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Capítulo Séptimo: Comunicación Social

Artículo 107.
I. Los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados. (...)

IV. El Estado apoyará la creación de medios de comunicación comunitarios en igualdad de condiciones y oportunidades.

Segunda Parte: Estructura y Organización Funcional del Estado

Título III. Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional

Capítulo Cuarto: Jurisdicción indígena originaria campesina

Artículo 190.
I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191.
I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígenas originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192.
I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción

indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

Título IV. Órgano Electoral

Capítulo Segundo: Participación Política

Artículo 210. I. La organización y funcionamiento de las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las agrupaciones ciudadanas y los partidos políticos deberán ser democráticos.

II. La elección interna de las dirigentes y los dirigentes y de las candidatas y los candidatos de las agrupaciones ciudadanas y de los partidos políticos será regulada y fiscalizada por el Órgano Electoral Plurinacional, que garantizará la igual participación de hombres y mujeres.

III. Las organizaciones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus candidatas o candidatos de acuerdo con sus normas propias de democracia comunitaria.

Artículo 211. I Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección.

II. El Órgano Electoral supervisará que en la elección de autoridades, representantes y candidatas y candidatos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos mediante normas y procedimientos propios, se de estricto cumplimiento a la normativa de esos pueblos y naciones.

Título VIII. Relaciones Internacionales, Fronteras, Integración y Reivindicación Marítima

Capítulo Primero: Relaciones Internacionales

Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

Capítulo Tercero: Integración

Artículo 265. I. El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana.

II. El Estado fortalecerá la integración de sus naciones y pueblos indígena originario campesinos con los pueblos indígenas del mundo.

Tercera Parte. Estructura y Organización Territorial del Estado

Título I. Organización Territorial del Estado

Capítulo Séptimo: Autonomía Indígena Originaria Campesina

Artículo 289. La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

Artículo 290. I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley.

II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley.

Artículo 291. I. Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena originario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley.

II. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina.

Artículo 292. Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley.

Artículo 293. I. La autonomía indígena basada en territorios indígenas consolidados y aquellos en proceso, una vez consolidados, se constituirá por la voluntad expresada de su población en consulta en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible.

II. Si la conformación de una autonomía indígena originario campesina afectase límites de distritos municipales, el pueblo o nación indígena originario campesino y el gobierno municipal deberán acordar una nueva delimitación distrital. Si afectase límites municipales, deberá seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones particulares que señale la Ley.

III. La Ley establecerá requisitos mínimos de población y otros diferenciados para la constitución de autonomía indígena originario campesina.

IV. Para constituir una autonomía indígena originario campesina cuyos territorios se encuentren en uno o más municipios, la ley señalará los mecanismos de articulación, coordinación y cooperación para el ejercicio de su gobierno.

Artículo 294. I. La decisión de constituir una autonomía indígena originario campesina se adoptará de acuerdo a las normas y procedimientos de consulta , conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la Constitución y la ley.

II. La decisión de convertir un municipio en autonomía indígena originario campesina se adoptará mediante referendo conforme a los requisitos y condiciones establecidos por ley.

III. En los municipios donde existan comunidades campesinas con estructuras organizativas propias que las articulen y con continuidad geográfica, podrá conformarse un nuevo municipio, siguiendo el procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional para su aprobación, previo cumplimiento de requisitos y condiciones conforme a la Constitución y la ley.

Artículo 295. I Para conformar una región indígena originario campesina que afecte límites municipales deberá previamente seguirse un procedimiento ante la Asamblea Legislativa Plurinacional cumpliendo los requisitos y condiciones particulares señalados por Ley.

II. La agregación de municipios, distritos municipales y/o autonomías indígena originario campesinas para conformar una región indígena originario campesina, se decidirá mediante referendo y/o de acuerdo a sus normas y procedimientos de consulta según corresponda y conforme a los requisitos y condiciones establecidos por la

Constitución y la Ley.

Artículo 296. El gobierno de las autonomías indígena originario campesinas se ejercerá a través de sus propias normas y formas de organización, con la denominación que corresponda a cada pueblo, nación o comunidad, establecidas en sus estatutos y en sujeción a la Constitución y a la Ley.

Capítulo Octavo. Distribución de Competencias

Artículo 303 I. La autonomía indígena originario campesina, además de sus competencias, asumirá las de los municipios, de acuerdo con un proceso de desarrollo institucional y con las características culturales propias de conformidad a la Constitución y a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

II. La región indígena originario campesina, asumirá las competencias que le sean transferidas o delegadas.

Artículo 304. I. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas:

1. Elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley.

2. Definición y gestión de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblo.
3. Gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución.
4. Elaboración de Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales, y municipales.
5. Electrificación en sistemas aislados dentro de su jurisdicción.
6. Mantenimiento y administración de caminos vecinales y comunales.
7. Administración y preservación de áreas protegidas en su jurisdicción, en el marco de la política del Estado.
8. Ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley.
9. Deporte, esparcimiento y recreación.
10. Patrimonio cultural, tangible e intangible. Resguardo, fomento y promoción de sus culturas, arte, identidad, centros arqueológicos, lugares religiosos, culturales y museos.
11. Políticas de Turismo.
12. Crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a Ley.
13. Administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de su jurisdicción.
14. Elaborar, aprobar y ejecutara sus programas de operaciones y su presupuesto.
15. Planificación y gestión de la ocupación territorial.
16. Vivienda, urbanismo y redistribución poblacional conforme a sus prácticas culturales en el ámbito de su jurisdicción.
17. Promover y suscribir acuerdos de cooperación con otros pueblos y entidades públicas y privadas.
18. Mantenimiento y administración de sus sistemas de microriego
19. Fomento y desarrollo de su vocación productiva.
20. Construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura necesaria para el desarrollo en su jurisdicción.
21. Participar, desarrollar y ejecutar los mecanismos de consulta previa, libre e informada relativos a la aplicación de medidas legislativas, ejecutivas y administrativas que los afecten.
22. Preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, espaciales e históricas.
23. Desarrollo y ejercicio de sus instituciones democráticas conforme a sus normas y procedimientos propios.

II. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias compartidas:

1. Intercambios internacionales en el marco de la política exterior del Estado.
2. Participación y control en el aprovechamiento de áridos.
3. Resguardo y registro de los derechos intelectuales colectivos, referidos a conocimientos de recursos genéticos, medicina tradicional y germoplasma, de acuerdo con la ley.

4. Control y regulación a las instituciones y organizaciones externas que desarrollen actividades en su jurisdicción, inherentes al desarrollo de su institucionalidad, cultura, medio ambiente y patrimonio natural.

III. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes:

1. Organización, planificación y ejecución de políticas de salud en su jurisdicción.
2. Organización, planificación y ejecución de planes, programas y proyectos de educación, ciencia, tecnología e investigación, en el marco de la legislación del Estado.
3. Conservación de recursos forestales, biodiversidad y medio ambiente
4. Sistemas de riego, recursos hídricos, fuentes de agua y energía, en el marco de la política del Estado, al interior de su jurisdicción.
5. Construcción de sistemas de microriego.
6. Construcción de caminos vecinales y comunales
7. Promoción de la construcción de infraestructuras productivas.
8. Promoción y fomento a la agricultura y ganadería.
9. Control y monitoreo socioambiental a las actividades hidrocarburíferas y mineras que se desarrollan en su jurisdicción.
10. Sistemas de control fiscal y administración de bienes y servicios.

IV. Los recursos necesarios para el cumplimiento de sus competencias serán transferidos automáticamente por el Estado Plurinacional de acuerdo a la ley.

Cuarta Parte. Estructura y Organización Económica del Estado

Artículo 306. I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

IV. (...)

Capítulo Tercero. Políticas Económicas

Artículo 319. I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios.

Artículo 334. En el marco de las políticas sectoriales, el Estado protegerá y fomentará:

1. Las organizaciones económicas campesinas, y las asociaciones u organizaciones de pequeños productores urbanos, artesanos, como alternativas solidarias y recíprocas. La política económica

facilitará el acceso a la capacitación técnica y a la tecnología, a los créditos, a la apertura de mercados y al mejoramiento de procesos productivos (...).

Artículo 337. I. El turismo es una actividad económica estratégica que deberá desarrollarse de manera sustentable para lo que tomará en cuenta la riqueza de las culturas y el respeto al medio ambiente.

II. El Estado promoverá y protegerá el turismo comunitario con el objetivo de beneficiar a las comunidades urbanas y rurales, y las naciones y pueblos indígena originario campesinos donde se desarrolle esta actividad.

Título III. Medio Ambiente, Recursos Naturales, Tierra y Territorio

Capítulo Segundo. Recursos Naturales

Artículo 353. El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

Capítulo Quinto: Recursos Hídricos

Artículo 374. I. El Estado protegerá y garantizará el uso prioritario del agua para la vida. Es deber del Estado gestionar, regular, proteger y planificar el uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos, con participación social, garantizando el acceso al agua a todos sus habitantes. La ley establecerá las condiciones y limitaciones de todos los usos.

II. El Estado reconocerá, respetará y protegerá los usos y costumbres de las comunidades, de sus autoridades locales y de las organizaciones indígena originaria campesinas sobre el derecho, el manejo y la gestión sustentable del agua.

Capítulo Séptimo: Biodiversidad, Coca, Áreas Protegidas y Recursos Forestales

Artículo 382. Es facultad y deber del Estado la defensa, recuperación, protección y repatriación del material biológico proveniente de los recursos naturales, de los conocimientos ancestrales y otros que se originen en el territorio.

Artículo 385. I. Las áreas protegidas constituyen un bien común y forman parte del patrimonio natural y cultural del país; cumplen funciones ambientales, culturales, sociales y económicas para el desarrollo sustentable.

II. Donde exista sobreposición de áreas protegidas y territorios in dígena originario campesinos, la gestión compartida se realizará con sujeción a las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos, respetando el objeto de creación de estas áreas.

Artículo 388. Las comunidades indígena originario campesinas situadas dentro de áreas forestales serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley.

Capítulo Octavo: Amazonia

Artículo 391. I. El Estado priorizará el desarrollo integral sustentable de la amazonia boliviana, a través de una administración integral, participativa, compartida y equitativa de la selva amazónica. La administración estará orientada a la generación de empleo y a mejorar los ingresos para sus habitantes, en el marco de la protección y

sustentabilidad del medio ambiente.

II. El Estado fomentará el acceso al financiamiento para actividades turísticas, ecoturísticas y otras iniciativas de emprendimiento regional.

III. El Estado en coordinación con las autoridades indígena originario campesinas y los habitantes de la amazonia, creará un organismo especial, descentralizado, con sede en la amazonia, para promover actividades propias de la región.

Artículo 392. I. El Estado implementará políticas especiales en beneficio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos de la región para generar las condiciones necesarias para la reactivación, incentivo, industrialización, comercialización, protección y conservación de los productos extractivos tradicionales.

II. Se reconoce el valor histórico cultural y económico de la siringa y del castaño, símbolos de la amazonia boliviana, cuya tala será penalizada, salvo en los casos de interés público regulados por la ley.

Capítulo Noveno: Tierra y Territorio

Artículo 393. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra, en tanto cumpla una función social o una función económica social, según corresponda.

Artículo 394. I. La propiedad agraria individual se clasifica en pequeña, mediana y empresarial, en función a la superficie, a la producción y a los criterios de desarrollo. Sus extensiones máximas y mínimas, características y formas de conversión serán reguladas por la ley. Se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesinos.

II. La pequeña propiedad es indivisible, constituye patrimonio familiar inembargable, y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. La indivisibilidad no afecta el derecho a la sucesión hereditaria en las condiciones establecidas por ley.

III. El Estado reconoce, protege y garantiza la propiedad comunitaria o colectiva, que comprende el territorio indígena originario campesino, las comunidades interculturales originarias y de las comunidades campesinas. La propiedad colectiva se declara indivisible, imprescriptible, inembargable, inalienable e irreversible y no está sujeta al pago de impuestos a la propiedad agraria. Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales respetando la unidad territorial con identidad.

Artículo 403. I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Carrión, Patricia (2012) Análisis de la Consulta, previa, libre e informada en el Ecuador. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental – CEDA, Quito.

Do Alto, Hervé (2007) Cuando el nacionalismo se pone el poncho: una mirada en retrospectiva a la etnicidad y la clase en el movimiento popular boliviano (1952-2007) En: Svampa, Maristella y Stefanoni, Pablo (Comp.): Bolivia: memoria insurgencia y movimientos sociales. CLASCO, el Colectivo. Buenos Aires. 2007.

Due process of Law Foundation- DPLF (2015) Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. Washington.

Garcés, Fernando (2013) Los indígenas y su Estado (pluri)nacional: Una mirada al proceso constituyente boliviano. CLACSO, Gente Común. Bolivia. 2013. http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20130702113538/LosIndigenasysuEstadoPlurinacional.pdf

Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. (2018). *El Mundo Indígena 2018*. IWGIA. Lima.

Moncayo, Víctor (1991): El Régimen Territorial en la Constitución de 1991. En Revista Política. Universidad Nacional de Colombia. No 8, diciembre 1991

Pinto, Juan Carlos (2012) (Coord.) Informes por Comisiones: La construcción del texto Constitucional, Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano, La Paz.

Prada, Raúl (2010) Umbrales y horizontes de la descolonización. En García, Alvaro, Prada, Raúl, Tapia, Luis, Vega, Oscar: El Estado. Campo de lucha, CLACSO, La Paz.

Prada, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: Crítica y emancipación: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008). Buenos Aires. Disponible en: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye2S1b.pdf

Pulido, Yeny (2012) La etnoeducación bilingüe: logro político y desafío para las etnias. En Revista Lenguaje. Vol. 40. N° 1. Disponible en: http://revistalenguaje.univalle.edu.co/index.php/lenguaje/article/view/4950

Puyana, Aura María. (2016). Somos alzados en bastones de mando: sistematización de la experiencia construcción de agenda de paz de pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Cooperación Alemana al Desarrollo implementada por la GIZ Colombia.

Quijano, Anibal (2007) Colonialidad del Poder y Clasificación Social, En: S. Castro- Gómez y R. Grosfoquel (Eds). El Giro Decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores, Bogotá (págs. 93-126).

Rodríguez, Marta (2018) Educación intercultural bilingüe, interculturalidad y plurinacionalidad en el Ecuador. Ediciones Abya-Yala. Quito, Ecuador.

Ruiz, Osvaldo (2007) El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano. Boletín Mexicano de Derecho Comparado Vol.40 no.118. México ene./abr. 2007 http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000100007

Sanchéz, Esther (2002) Los derechos indígenas en las constituciones de Colombia y Ecuador. En: Jorge Alberto Gónzales (Coord): Constitución y Derechos Indígenas, México, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pp.69-88.

Soruco, Ximena (2011) Apuntes para un Estado plurinacional. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz.

Vargas, Nataly y Gamboa, Shirley (S.F) El derecho de los pueblos y naciones indígena originario campesinos en la Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia. Universidad Autónoma Juan Misael Saracho. https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.405-430.pdf

Villoro (2004) citado en Donoso Romo, Andrés: Comunicación, identidad y participación social en la educación intercultural bilingüe. Revista Yachaykuna, Quito, Instituto Científico de Culturas Indígenas, núm. 5, 2004, p. 19. Disponible en http://icci.native-web. org/yachaikuna/

CAPÍTULO III
LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES REFERIDOS A DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA) Y SU DESARROLLO A NIVEL CONSTITUCIONAL[100]

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas ha existido un amplio desarrollo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tanto a nivel normativo y jurisprudencial, como a nivel institucional y en las políticas públicas. Algunos problemas evidentes de los modelos de desarrollo en países de la región, sumado a los sostenidos niveles de desigualdad existentes, y los efectos que ello tiene en las posibilidades de garantizar una vida digna para las personas, han acompañado la pertinencia de este desarrollo, a lo largo del cual diferentes organizaciones sociales y de la sociedad civil, movimientos ambientalistas, defensores y defensoras de derechos humanos, han contribuido de manera central.

Es innegable que en las democracias contemporáneas en la región, los resultados de esta han sido, en varios sentidos, decepcionantes en relación con las legítimas expectativas de la población. Han existido, por supuesto, progresos relevantes que es necesario reconocer y profundizar. No obstante, aun falta erradicar la brecha de desigualdad que persiste y mejorar sustancialmente las condiciones de vida de porciones muy grandes de población. Los desafíos son enormes.

Un relevante énfasis de los derechos humanos en estos tiempos es el llamado a los Estados a abordar estos desafíos con una mirada integral sobre los problemas que impactan la vida de las personas y las comunidades, y los proyectos de futuro. Una mirada integral que debe ser, a su vez, integradora y democratizante: poner en el centro de la discusión sobre políticas públicas a las personas y a las comunidades en tanto sujetos de derechos; tener en cuenta los estándares internacionales de

100 El presente Capítulo ha sido elaborado por Silvana Lauzán, Licenciada en Ciencia Política y Gobierno, y Magíster en Sociología en el London School of Economics and Political Science del Reino Unido en el marco del proyecto "Promoción de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y de pueblos indígenas en el contexto del proceso constituyente y del Plan Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas en Chile".

DDHH que obligan a los Estados; considerar cómo los ordenamientos constitucionales y los diseños institucionales distribuyen el poder y de este modo, robustecen o debilitan la posibilidad de que el sistema político sea considerado legítimo; habilitar la participación y articulación de los distintos grupos sociales; fortalecer un debate de políticas públicas que devele cómo ciertas categorías específicas de cada persona, como el género, la raza y la clase social, condicionan la eficacia de las políticas en condiciones de igualdad y sin discriminación; cuidar el rol de los órganos reguladores y la autonomía de los fiscalizadores; exigir la transparencia y la debida diligencia de las corporaciones, entre otros.

La efectiva garantía de los DESCA depende de una comprensión integral de los desafíos vigentes. Este análisis busca revisar una porción de dichos desafíos.

En este Capítulo se describe y analiza fundamentalmente el desarrollo que en el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido el derecho a un medio ambiente sano, , el derecho humano al agua, el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. Se analiza, en particular, el alcance del reconocimiento de estos derechos para el caso de los pueblos indígenas. En el mismo se incluye una referencia al tratamiento de estos derechos en las constituciones políticas de América Latina

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES

2.1. Derecho a un medio ambiente sano

Los estándares internacionales del derecho a un medio ambiente sano se han desarrollado progresivamente desde la aprobación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948. Inicialmente, al igual que ocurre con otros derechos humanos, su conceptualización era indirecta, en parte como reflejo de que la preocupación principal giraba en ese entonces en torno a la necesidad de garantizar la paz en el mundo e impedir que genocidios como el holocausto se volvieran a repetir. Con posterioridad, comenzaron a elaborarse los conceptos para el resguardo de este derecho, en lo que muchos llaman el "enverdecimiento" de los derechos humanos.

En palabras del ex Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente, Sr. John Knox, se han "identificado dos conjuntos de derechos estrechamente vinculados al medio ambiente: a) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente; y b) los derechos cuyo ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales. [101]

101 "La mayoría de los derechos de la primera categoría se califican a menudo de derechos sustantivos, mientras que muchos de los derechos de la segunda categoría, cuya aplicación respalda la formulación de políticas ambientales más fuertes, se consideran con frecuencia derechos de procedimiento. Ejemplos del primer grupo son los derechos a la vida, a la salud y a la propiedad; ejemplos del segundo son los derechos a la libertad de expresión y asociación, a la información, a la participación en la toma de decisiones y a un recurso efectivo" […]. "En realidad, todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental."
Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. A/HRC/22/43, párr.17. 24 de

En el marco de los **instrumentos de derechos humanos no específicos sobre medio ambiente**, la mencionada Declaración de 1948 reconoce que "[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar" (art. 25.1). En 1966, este derecho se incluyó también en el artículo 11 números 1 y 2 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). En el campo de los derechos humanos, se da por entendido que el derecho a la salud y el bienestar están en directa relación con el derecho a un medio ambiente sano.

Por su parte, la *Convención de Derechos del Niño* adoptada en 1989, reconoce el derecho del niño y la niña al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud en el artículo 24.2.[102]

En el ámbito de los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas[103], el *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales* (1989) referido en el Capítulo I, reconoce la necesidad de adoptar medidas para salvaguardar el medio ambiente en su art. 4.1[104]:

Por su parte, en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, (2007), también referida en el mismo Capítulo, se reconoce el derecho a la protección del medio ambiente[105]

A nivel regional, el *Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos*, conocido como "Protocolo de San Salvador"[106], reconoce el derecho a un Medio Ambiente Sano.[107]

diciembre de 2012.

102 "Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: […] c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente".

103 En el caso de los pueblos indígenas, los derechos en este ámbito deben comprenderse en el marco de sus propias cosmovisiones, sus formas de entender los procesos vitales y de habitar la tierra, que es muy diferente de aquellas propias de las culturas europeas instaladas a través de los procesos de colonización. En ese sentido, los instrumentos del derecho internacional buscan sintetizar y proteger derechos y principios cuya relevancia para la vida de los pueblos indígenas difícilmente se puede explicar en un cuerpo legal, no obstante, la importancia de su reconocimiento como un primer paso para su respeto y garantía.

104 "Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados."

105 "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.
2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, 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 29

106 El Estado de Chile aún no ha ratificado este protocolo.

107 "1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

En el marco de **los instrumentos y documentos referidos al medio ambiente específicamente**, en junio de 1972, se llevó a cabo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, donde el derecho a un medio ambiente libre de contaminación es reconocido como parte del derecho internacional de los derechos humanos y busca ser resguardado a través de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*. A lo largo de los 26 principios establecidos allí se hace referencia "[a]l derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y [el hombre] tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras" (Principio 1).

Dicha declaración es, en todo sentido, perfectamente actual: allí se plantea la preocupación por los modelos de desarrollo económico elegidos por los países, por el crecimiento económico depredatorio, por el resguardo de los ambientes adecuados para la vida y el trabajo, por la contaminación de los mares, por las consecuencias de los desastres naturales, por la conservación, por el crecimiento demográfico, por la tarea de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales, con la indemnización a la víctimas de la contaminación, entre otras.

A este reconocimiento le siguió la *Carta Mundial de la Naturaleza*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 37/7, en octubre de 1982, y que mantiene el espíritu plasmado en la Declaración de Estocolmo, aludiendo la necesidad de que los Estados planifiquen y hagan un uso racional de los recursos naturales, que se invierta en investigación y se preserve el medio ambiente, a evitar las actividades militares que perjudiquen a la naturaleza, y también, hace un llamado a los Estados en primer lugar, y a las personas a título individual y colectivo, a las empresas, las asociaciones y los organismos internacionales, a cooperar en la tarea de conservar la naturaleza; y a la participación en la toma de decisiones y en los procedimientos para reclamar una indemnización ante daños ocurridos.

Por su parte, la *Resolución 45/94* de Naciones Unidas sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas, adoptada el 14 de diciembre de 1990, reiteró la preocupación por el cuidado del medio ambiente e instó a profundizar el estudio sobre su relación con la garantía de los derechos humanos.

Dos años más tarde, en 1992, la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el tema, constituye uno de los hitos más relevantes en materia de estándares internacionales en este campo, que se propuso establecer nuevas alianzas y niveles de cooperación entre Estados, permitió establecer un nuevo plan de acción para el desarrollo sostenible.

Proponiendo una mirada integral a lo largo de sus 27 principios, la *Declaración de Río* parte por señalar que la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (Principio 4). Es en esta declaración, a través de su Principio 10[108], que se reconocen tres elementos centrales para la protección y garantía del derecho a un medio

108 "El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las activi-

ambiente sano. Esto es, el i) derecho de acceso a la información pública, ii) el derecho a la participación, y el iii) derecho de acceso a la justicia.

El derecho de acceso a información ha sido entendido como parte del derecho a la libertad de expresión, y en ese marco, se encuentra amparado en el artículo 19 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, así como en el artículo 13 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En relación con la participación, este derecho abarca dimensiones de varios derechos contenidos en la citada Convención, tales como el derecho de reunión, la libertad de asociación, y los derechos políticos a votar, participar en los asuntos públicos, y tener acceso a la función pública. En cuanto al acceso a la justicia y la protección judicial, la misma Convención Americana afirma que ´[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales´ (art. 25). "El derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, abarca también aspectos más amplios que buscan asegurar una respuesta efectiva por parte del sistema de justicia en aras de resolver los conflictos de relevancia jurídica y de ese modo garantizar los derechos humanos de todas las personas"[109].

Finalmente, y en relación con los derechos de pueblos indígenas, la *Declaración de Río* reconoce que "Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar por que participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible" (Principio 22)[110].

En 2002, a 30 años de la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano,* y a 10 años de la *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, se firma la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible. En esta Declaración se reitera el compromiso de los Estados con la Carta de las Naciones Unidas[111], con la

dades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes" (Principio 10 de la Declaración de Río).

109 INDH, 2013, pág. 59.

110 Por su parte, el Convenio sobre la Diversidad Biológica señala también: "Artículo 8. Conservación in situ Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente".

111 La Carta de las Naciones Unidas es el tratado internacional fundador de la **organización**, y que conforma las bases de su **constitución** interna. La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. La Carta consiste

implementación del Programa 21[112], los objetivos de desarrollo del Milenio[113] y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre; se reafirma el papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo; se reconoce que el sector privado tiene el deber de contribuir a la evolución de comunidades y sociedades equitativas y sostenibles en la realización de sus actividades legítimas, incluidas tanto las grandes empresas como las pequeñas empresas; y que es necesario que las empresas del sector privado asuman plena responsabilidad de sus actos en un entorno regulatorio transparente y estable.

En septiembre de 2015, a través de la *Resolución 70/1* de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada *"Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"*, se estableció el compromiso de lograr el desarrollo sostenible en tres dimensiones —económica, social y ambiental— de forma equilibrada e integrada. En ese momento, más de 150 jefes de Estado y de Gobierno aprobaron la Agenda 2030, que contiene 17 objetivos vigentes desde el 1 de enero de 2016, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)[114].

A nivel internacional, a lo largo de este proceso hacia un mayor y mejor reconocimiento de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, tuvo lugar un hito inédito en marzo de 2012, cuando el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la *Resolución 19/10* a través de la cual se decidió establecer un mandato específico sobre los derechos humanos y el medio ambiente, a través de la *Relatoría sobre derechos humanos y medio ambiente*. Este mandato tiene como propósito, entre otras tareas, estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, y promover buenas prácticas en un marco de respeto a los derechos humanos.

En su primer informe presentado al Consejo de Derechos Humanos, en marzo de 2013, el ex Relator Knox hizo hincapié en que los derechos humanos y el medio ambiente eran interdependientes (A/HRC/22/43). En su informe final sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, de

---

de un preámbulo y un total de 111 artículos divididos en capítulos.

112 "Programa 21 es un plan de acción exhaustivo que habrá de ser adoptado universal, nacional y localmente por organizaciones del Sistema de Naciones Unidas, Gobiernos y Grupos Principales de cada zona en la cual el ser humano influya en el medio ambiente". En www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21sptoc.htm

113 Los **Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)** eran las metas que el mundo fijó **para luchar contra la pobreza extrema en sus varias dimensiones:** hambre, enfermedad, pobreza de ingresos, falta de vivienda adecuada, exclusión social, problemas de educación y de sostenibilidad ambiental, entre otras. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) fueron el resultado de un compromiso que en el **año 2000** hicieron **191 jefes de Estado y de Gobierno** en la **Cumbre del Milenio**, para trabajar a favor de **ocho objetivos,** que contienen un total de **17 metas.** Este compromiso, conocido como la **Declaración del Milenio**, se firmó en septiembre del 2000 y fijó como fecha límite de cumplimiento el año 2015.

114 Estos nuevos objetivos instan a todos los países a adoptar medidas para promover la prosperidad al tiempo que protegen el planeta. Reconocen que las iniciativas para acabar con la pobreza deben ir de la mano de estrategias que favorezcan el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales, como la educación, la salud, la protección social y el empleo, a la vez que luchan contra el cambio climático y promueven la protección del medio ambiente. A pesar de que los ODS, al igual que los anteriores Objetivos de Desarrollo del Milenio, no son jurídicamente obligatorios, se espera que los gobiernos los adopten como propios y establezcan marcos nacionales para su logro . Dichos objetivos tienen una preocupación explícita y evidente por el medio ambiente y el desarrollo sostenible, lo que se aprecia en, a lo menos, 10 de ellos.

enero de 2018, el ex Relator Knox presentó los **principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente**[115]. Los 16 principios marco establecen una serie de obligaciones de los Estados en virtud del derecho de los derechos humanos. Según lo planteado por el propio Knox, "los principios

115 Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente (2018)

1. Los Estados deben garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible con el fin de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.
2. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos con el fin de garantizar un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
3. Los Estados deben prohibir la discriminación y garantizar una protección igual y efectiva contra ella en relación con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.
4. Los Estados deben establecer un entorno seguro y propicio en el que las personas, los grupos de personas y los órganos de la sociedad que se ocupan de los derechos humanos o las cuestiones ambientales puedan actuar sin amenazas, hostigamiento, intimidación ni violencia.
5. Los Estados deben respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en relación con las cuestiones ambientales.
6. Los Estados deben impartir educación y sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales.
7. Los Estados deben proporcionar acceso público a la información ambiental mediante la reunión y difusión de datos y proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información a cualquier persona que lo solicite.
8. A fin de evitar emprender o autorizar actividades con impactos ambientales que interfieran en el pleno disfrute de los derechos humanos, los Estados deben exigir la evaluación previa de los posibles impactos ambientales de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus posibles efectos en el disfrute de los derechos humanos.
9. Los Estados deben prever y facilitar la participación pública en el proceso de adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente y tener en cuenta las opiniones de la sociedad en ese proceso.
10. Los Estados deben facilitar el acceso a recursos efectivos por las violaciones de los derechos humanos y las leyes nacionales referentes al medio ambiente.
11. Los Estados deben establecer y mantener normas ambientales sustantivas que no sean discriminatorias y no tengan carácter regresivo, sino que sirvan para que se respeten, se protejan y se ejerciten los derechos humanos.
12. Los Estados deben garantizar la aplicación efectiva de sus normas ambientales por las entidades de los sectores público y privado.
13. Los Estados deben cooperar entre sí para establecer, mantener y aplicar marcos jurídicos internacionales eficaces a fin de prevenir, reducir y reparar los daños ambientales a nivel transfronterizo y mundial que interfieran con el pleno disfrute de los derechos humanos.
14. Los Estados deben adoptar medidas adicionales para proteger los derechos de quienes sean más vulnerables al daño ambiental o se encuentren en una situación de especial riesgo al respecto, teniendo en cuenta sus necesidades, riesgos y capacidades.
15. Los Estados deben asegurarse de que cumplen sus obligaciones con los pueblos indígenas y los miembros de las comunidades tradicionales lo que incluye
    a) Reconocer y proteger sus derechos a las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado;
    b) Consultar con ellos y obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de reubicarlos o de adoptar o aprobar otras medidas que puedan afectar a sus tierras, territorios o recursos;
    c) Respetar y proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales en relación con la conservación y la utilización sostenible de sus tierras, territorios y recursos;
    d) Garantizar que participan de manera justa y equitativa en los beneficios de las actividades relacionadas con sus tierras, territorios o recursos.
16. Los Estados deben respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos en el marco de las medidas que adopten para hacer frente a los problemas ambientales y alcanzar el desarrollo sostenible.

marco no generan nuevas obligaciones, sino que se hacen eco del cumplimiento de las obligaciones existentes en materia de derechos humanos en el contexto del medio ambiente".

En el mes de octubre de 2018, la Relatoría presentó un informe donde se describe la constatación paulatina y consistente, a través de estudios, seminarios, visitas nacionales y sentencias, de la "ecologización" de los derechos humanos, del reconocimiento nacional y regional del derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. En base a lo anterior, a través de la *Resolución 37/8* del Consejo de Derechos Humanos, se recomienda a los Estados:

- Dar reconocimiento mundial al derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible a través de un nuevo tratado internacional[116]
- Avanzar en la protección jurídica de este derecho, a través de su incorporación en los marcos constitucionales, jurídicos y normativos.

En el ámbito regional, en 2009, la Corte regional ya había reconocido la relación entre derechos humanos y medio ambiente en el Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, al señalar que "[…] como se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal[117] y de la Corte Europea de Derechos Humanos[118], existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos. Las formas en que la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos[119] y las Naciones Unidas[120]. También se advierte que un número considerable de Estados partes de la

116 Propuesta de pacto mundial por el medio ambiente, un nuevo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y una resolución de la Asamblea General centrada en el derecho a un medio ambiente saludable.

117 En particular, en casos contenciosos y medidas provisionales relativas a los derechos de miembros de pueblos indígenas y la conexión especial de éstos con la tierra. Cfr. Asunto Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte del 17 de junio de 2005, considerando 9; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 144, 149. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 131, 137, y 141; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*. Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 190, párrs. 118, 121 y 131; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 121, 122, 123, 126, 128 y 146.

118 Corte Europea de Derechos Humanos, casos *Guerra y otros v. Italia*, (1998); *López Ostra vs. España*, (1994), y *Fadeyeva vs. Russia*, (2005).

119 *Cfr*. OEA/Ser.P AG/RES. 1819 (XXXI-O/01) "Derechos humanos y medio ambiente", Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2001; AG/RES. 1896 "Derechos humanos y medio ambiente en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2002; AG/RES. 1926 (XXXIIIO/03) "Los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003; AG/RES. 2349 (XXXVII-O/07) "El agua, la salud y los derechos humanos", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 5 de junio de 2007 (disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2349_XXXVII-O07.doc), y AG/RES. 2429 (XXXVIIIO/08) "Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas", Aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 (disponible en: http://www.oas.org/DIL/ESP/AGRES_2429.doc).

120 *Cfr*. resolución 2005/60 adoptada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, titulada "Los derechos humanos y el medio ambiente como parte del desarrollo sostenible", aprobada el 10 de abril de 2005, E/CN.4/2005/L.10/Add.17 (disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-60.doc).

Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano[121]. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador"[122].

En noviembre de 2017, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió a solicitud de Colombia la *Opinión Consultiva N°23*[123] *sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos*[124] donde profundiza algunos conceptos y desarrolla las obligaciones de los Estados en el contexto de la protección ambiental y qué implica cada una de ellas. En dicha Opinión Consultiva[125], la Corte se pronunció sobre las obligaciones sustantivas y de procedimiento de los Estados en materia de protección del medio ambiente que surgen del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, por ser estos los derechos sobre los cuales Colombia consultó al Tribunal. No obstante, con base en las consideraciones anteriores, este Tribunal resaltó cómo otros múltiples derechos podrían verse afectados por el incumplimiento de las obligaciones ambientales, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales protegidos por el Protocolo de San Salvador, la Convención Americana y otros tratados e instrumentos, específicamente, el derecho a un medio ambiente sano[126].

---

121 *Cfr*. Constitución de la Nación Argentina, artículo 41; Constitución de la República Federal de Brasil, artículo 225; Constitución de la República de Chile, artículo 19.8; Constitución de la República de Colombia, artículo 79; Constitución de la República de Ecuador, artículo 14; Constitución de Haití, artículos 253 y 254, Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4; Constitución de la República de Nicaragua, artículo 60; Constitución de la República de Panamá, artículos 118 a 121; Constitución de la República del Paraguay, artículo 7, Constitución de la República de Perú, artículo 2.22; Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 127.

122 *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148.

123 Cabe recordar que la Corte IDH está facultada para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como otros tratados interamericanos. Las opiniones consultivas tienen como propósito aclarar el contenido de los derechos y las obligaciones estatales, a la luz del tratado o cuestión jurídica relacionada con la protección de los derechos humanos. En ese marco, la Corte IDH ha establecido que la protección y garantía de los derechos humanos implica la obligación de realizar un control de convencionalidad, entendido como un análisis de compatibilidad entre el derecho interno y los estándares derivados de la CADH, otros tratados del sistema interamericano y el pronunciamiento de sus órganos. En dicho ejercicio, además de las sentencias de la Corte IDH, los Estados también deben observar lo establecido en las opiniones consultivas del órgano.

124 En adelante, la OG N° 23.

125 http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf

126 "La Corte sostiene que como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del corpus iuris internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia."
"El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individ-

Sobre el contenido del derecho, la Corte IDH sostuvo que "el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos"[127] (párr. 62).

La Corte IDH señala que, para el cumplimiento de las obligaciones de respetar y garantizar en el contexto de la protección del medio ambiente, los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones[128]:

- Obligación de Prevención.
- Principio de precaución.
- Obligación de cooperación.
- Obligaciones de procedimiento.

En particular, en casos sobre derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido explícitamente en la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*: el artículo 19 de dicha Declaración prevé la protección a un medio ambiente sano al establecer que los pueblos indígenas "tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo"[129].

Siempre en relación con este derecho y los pueblos indígenas, la Corte IDH ha considerado "que el derecho a la propiedad colectiva de estos está vinculado con la protección y acceso a los recursos que se encuentran en los territorios de los pueblos, pues estos recursos naturales son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos[130]. Asimismo,

---

uales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad." (párr.. 59)

127 Al respecto, ver, *inter alia*, la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, adoptada en el Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, en Río de Janeiro, Brasil, del 26 al 29 de Abril de 2016, principios 1 y 2.

128 En infografía del Due Process of Law Foundation, disponible en http://www.dplf.org/es/resources/opinion-consultiva-23-sobre-medio-ambiente-y-derechos-humanos

129 Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, AG/RES. 2888 (XLVI-O/16).

130 *Ver, inter alia, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones*

la Corte ha reconocido la estrecha vinculación del derecho a una vida digna con la protección del territorio ancestral y los recursos naturales. Al respecto, este Tribunal ha determinado que, en atención a la situación de especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y tribales, los Estados deben adoptar medidas positivas encaminadas a asegurar a los miembros de estos pueblos el acceso a una vida digna -que comprende la protección de la estrecha relación que mantienen con la tierra- y su proyecto de vida, tanto en su dimensión individual como colectiva[131]. Igualmente, este Tribunal ha resaltado que "la falta de acceso a los territorios y los recursos naturales correspondientes puede exponer a las comunidades indígenas a condiciones de vida precarias o infrahumanas, a mayor vulnerabilidad ante enfermedades y epidemias, así como someterlas a situaciones de desprotección extrema que pueden conllevar varias violaciones de sus derechos humanos, además de ocasionarles sufrimiento y perjudicar la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma[132]". "Por su parte, la Comisión Interamericana ha resaltado que varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondición necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales"[133].

Por último, en esta misma región, un avance relevante y reciente tuvo lugar el 4 de marzo de 2018, fecha en que se adoptó en Escazú, Costa Rica, el texto del *Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*, o "Acuerdo de Escazú de Democracia Ambiental". El tratado refuerza la protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, consolidando la relación entre derechos humanos y medio ambiente[134].

Es importante señalar que mientras que ni en la Declaración de Río de 1992, ni en Johannesburgo en 2002 ni en Río de Janeiro en 2012 se proclamó el derecho a un medio ambiente sano, este acuerdo se propone "garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible" (artículo 1). Además, este acuerdo es relevante ya que es el primer tratado jurídicamente vinculante que contiene una disposición de protección a las y los defensores ambientales.

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra*, párr. 173.

131 *Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 163, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra*, párr. 181.

132 *Cfr*. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, *supra*, párr. 164; *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párr. 147 y *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 354.

133 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190

134 Chile no ha suscrito este Acuerdo.

En particular en relación con los pueblos indígenas, el artículo 7 señala que "En la implementación del presente Acuerdo, cada Parte garantizará el respeto de su legislación nacional y de sus obligaciones internacionales relativas a los derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales".

El 27 de septiembre de 2018 este tratado se abrirá para su firma, iniciándose así el camino para su ratificación e implementación[135].

2.2. Derecho humano al agua

La cuestión del agua es amplia y compleja, y puede abarcar desde los diferentes usos de los recursos hídricos y su interrelación con los otros elementos del ambiente, hasta la provisión y el acceso al agua potable y saneamiento, la producción agropecuaria e industrial, la pesca, la generación de energía y el transporte fluvial; los problemas causados por inundaciones, sequías, contaminación de agua y enfermedades relacionadas con el agua; la necesidad de proteger los diversos ecosistemas, la necesidad de equilibrio entre el desarrollo y la protección ambiental, o la cuestión de su propiedad. Aquí abordaremos solamente la descripción de estándares en relación con su progresivo reconocimiento como derecho humano.

Al igual que en el caso del derecho a un medio ambiente sano, el derecho al agua también fue abordado en instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que no son referidos al agua o al medio ambiente propiamente tal. El derecho al agua fue conceptualizado como relacionado y en interdependencia con el derecho al desarrollo, a la salud, a la vivienda adecuada, al medio ambiente y a la autodeterminación, entre otros[136]. Así, por un buen tiempo, el agua era entendida como un recurso relevante en el marco de otros temas de agenda: desarrollo económico, medio ambiente, fronteras, salud. Hoy, el agua es abordada en tanto derecho humano, dada la larga trayectoria de encuentros, documentación y demandas concretas de organizaciones sociales, de la sociedad civil, pueblos indígenas y movimientos organizados que ha permitido constatar su condición esencial para la vida de las generaciones presentes y futuras.

Entre los tratados internacionales que conceptualizan el derecho al agua destacan la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979)[137], y la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989).[138]

135 A la fecha de este informe, el Estado de Chile aún no había ratificado el tratado.

136 Artículo 11 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

137 Párrafo 2 del artículo 14, que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: […] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones".

138 Apartado c) del párrafo 2 del artículo 24, que luchen contra "las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente ".

El *Convenio Nº 161* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los servicios de salud en el trabajo (1985, al que adhirió Chile en el 2000) también hace referencia, en su art. 5 a la necesidad de asegurar la vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidos las instalaciones sanitarias

Más recientemente, la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) reconoció, en su artículo 28 segundo párrafo, que los Estados deben "a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad" […].

Adicionalmente, interpretando los artículos contenidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité DESC ha establecido la relación entre varios derechos reconocidos en el PIDESC y el agua, en diversas observaciones interpretativas[139].

En relación con el derecho al agua y los pueblos indígenas, se debe considerar el artículo 25. de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* (2007) [140], que si bien no es jurídicamente vinculante, sirve como instrumento de orientación de políticas públicas.

Otro estándar relevante, que sí obliga jurídicamente al Estado en el ámbito de los pueblos indígenas, es el *Convenio N° 169* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que entró en vigencia en Chile en 2009. Allí se reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, y dan fundamento a una correcta interpretación respecto a cómo la inexistencia de agua disponible podría afectar las condiciones de existencia y de mantenimiento de la cultura de pueblos indígenas[141].

A nivel regional, la *Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (2017) obliga al Estado al reconocer, en su artículo 12, que "[…] La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda […]". Más aún, en su artículo 25 indica que: "La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios

139 Observación General Nº 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada, 1991; Observación General Nº 7 sobre los desalojos forzosos, 1997; Observación General Nº 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 2000.

140 Artículo 25 reconoce que "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 y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras". A continuación, el artículo 26 señala que "1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o 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 otro tipo 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".

141 Artículo 15 "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".

públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas: a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza. b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros".

Entre los estándares del derecho internacional **específicamente referidos al agua**, en primer lugar cronológico se encuentra la *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente*, realizada en Estocolmo en 1972, donde se promueve la protección del agua como un recurso natural esencial para el uso sustentable por las generaciones actuales y futuras (Principio 2).

En 1977, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua[142], la primera de carácter gubernamental dedicada exclusivamente a este recurso natural, tuvo como objetivo adoptar políticas para el futuro desarrollo y utilización eficiente del agua, con el propósito esencial de proporcionar el necesario nivel de preparación para evitar una crisis mundial del agua en las próximas décadas. Como resultado se aprobó un documento con conclusiones y recomendaciones sobre el agua, sus diferentes usos y su protección, denominado el "Plan de Acción de Mar del Plata". Los discursos ofrecidos plantearon que: "la conservación y la utilización del agua no podían ya considerarse como temas separados o como temas que podrían resolverse por un determinado sector o por una cierta región, sino que debían constituir un tema único: el agua como patrimonio de la humanidad para promover el bien común. Con esa finalidad, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua sería el punto inicial de una nueva era: la del uso racional del agua, adecuadamente preservada y en armonía con el medio ambiente y la naturaleza"[143]. El Plan de Acción abordó diferentes ámbitos:

A. Evaluación de los recursos hídricos
B. Eficiencia en la utilización del agua
C. Abastecimiento de agua a la comunidad.
D. Agua para la agricultura
E. Medio ambiente, salud y lucha contra la contaminación
F. Política, planeamiento y gestión
G. Desastres naturales
H. Información pública, educación, capacitación e investigación
I. Cooperación regional
J. Cooperación internacional
K. Investigación y desarrollo de tecnologías industriales
L. El agua en la lucha contra la desertificación

142 El Consejo Económico y Social (ECOSOC) decidió en 1973 convocar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de acuerdo a la agenda provisional sugerida por el Grupo Intergubernamental de Expertos. La Asamblea General de las Naciones Unidas, a su vez, endosó ese mismo año la decisión del ECOSOC y convocó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, que tendría lugar en la República Argentina, del 7 al 18 de marzo de 1977 (Resolución 3513 (XXX), 15 diciembre 1975). Asimismo, solicitó al Secretario General que diese amplio apoyo al trabajo preparatorio e instó al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, "a proporcionar apoyo financiero al trabajo preparatorio de la Conferencia a fin de asegurar su éxito." Antes de la conferencia, se realizaron reuniones preparatorias en cada región durante 1976, para las cuales los gobiernos elaboraron informes nacionales detallando problemas en el sector hídrico y las soluciones propuestas.

143 Lilian del Castillo, "Los Foros Del Agua De Mar Del Plata A Estambul 1977 – 2009", Documentos de Trabajo Nº 86 Agosto 2009, Consejo Argentino Para Las Relaciones Internacionales, Argentina, pág. 43.

Si bien dicho Plan de Acción no tuvo continuidad ni seguimiento a su implementación, de aquella conferencia se destaca la mirada integradora y de conjunto[144], cuestión que recién se repitió –aunque no tan comprensivamente-, en la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente realizada en Dublín en enero de 1992, de la cual surgieron los llamados "Principios de Dublín"[145], y que se realizó en preparación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en junio de ese mismo año. En la Conferencia de Río se adoptó un Plan de Acción, denominado Agenda 21, que en su Capítulo 18 detalla las medidas a adoptar para la "Protección de la calidad y el suministro de los recursos de agua dulce: aplicación de criterios integrados para el aprovechamiento, ordenación y uso de los recursos de agua dulce".

Seguidamente, han tenido lugar numerosas reuniones, programas, sesiones y conferencias organizadas por las Naciones Unidas, entre las que se pueden mencionar: la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, Copenhague, 1995; la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y como resultado de ella se adoptó el Programa para seguir implementando la Agenda 21, 1997; la Reunión de Expertos sobre Criterios estratégicos para la ordenación de los recursos de agua dulce, Harare, 1998; la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, Paris, 1998; la Cumbre del Milenio, 2000; la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, Bonn, 2001; la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 2002; la conformación, a partir de 2003, del UN-Water, mecanismo interinstitucional concebido para concentrar recursos y coordinar los diferentes órganos y programas dentro del sistema de las Naciones Unidas con competencia en los temas del agua, de acuerdo a las recomendaciones de la Cumbre Mundial de Johannesburgo de 2002 y que había sido recomendado por el Plan de Acción de Mar del Plata; y el Foro Mundial del Agua: Marrakech (1997), La Haya (2000); Kyoto (2003); México DF (2006), Estambul (2009)[146]; Marcella (2012); Daegu & Gyeongbuk (2015); y Brasilia (2018); entre otros.

No obstante, ni en Mar del Plata ni en las siguientes conferencias[147] o reuniones se abordó el tema. **No fue sino hasta el 2002 que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales dio a conocer la Observación General N° 15, a través de la que da reconocimiento a este derecho,** basándose en el contenido de los artículos 11 y 12 del PIDESC.

144 *Ibídem*

145 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para la vida, para el desarrollo y para el medio ambiente; 2. El desarrollo y gestión del agua debe basarse en un enfoque participativo involucrando a los usuarios, planificadores y tomadores de decisión a todos los niveles, tomando las decisiones al nivel más bajo posible que sea el adecuado; 3. La mujer juega un papel central en la provisión, gestión y salvaguarda del agua; 4. El agua tiene un valor económico en todos sus usos competitivos y debe ser reconocida como un bien económico.

146 La Declaración Ministerial aprobada en 2009 en Estambul destaca que el agua es un bien común de la Humanidad, que debe considerarse un bien público y que el acceso al agua potable debería ser un derecho fundamental y universal, lo que debería ser reconocido en un futuro tratado.

147 En 1998 se desarrolló la Conferencia Internacional sobre Agua y Desarrollo Sostenible, convocada por el Gobierno de Francia en marzo de 1998, en preparación del sexto período de sesiones de la Comisión de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas y la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce (Bonn, 2001), para analizar los avances logrados a diez años desde la Conferencia de Dublín. En esta Conferencia, el gobierno alemán señalaba que "muchos consideran que el acceso al agua potable y al saneamiento constituye un derecho humano", dando cuenta de que la cuestión de su reconocimiento como derecho ya estaba en la agenda, si bien no había mayor consenso aún.

La Observación General N° 15 define este derecho como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica" (párrafo 2)[148].

148 Respecto al contenido normativo, la observación indica que "El derecho al agua entraña tanto libertades como derechos. Las libertades son el derecho a mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias, como por ejemplo, a no sufrir cortes arbitrarios del suministro o a la no contaminación de los recursos hídricos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho al agua" (párrafo 10).

"Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12. Lo adecuado del agua no debe interpretarse de forma restrictiva, simplemente en relación con cantidades volumétricas y tecnologías. El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico. El modo en que se ejerza el derecho al agua también debe ser sostenible, de manera que este derecho pueda ser ejercido por las generaciones actuales y futuras" (párrafo 11).

En tanto que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho al agua puede variar en función de distintas condiciones, los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia:

a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.
b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.
c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:
    i) Accesibilidad física. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. Debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.
    ii) Accesibilidad económica. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.
    iii) No discriminación. El agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.
    iv) Acceso a la información. La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

En particular respecto a los pueblos indígenas, la observación indica que: "Aunque el derecho al agua potable es aplicable a todos, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos. En particular, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que: […] d) El ac-

La misma Observación General N° 15 define las obligaciones básicas del Estado en su párrafo 37.[149]

Adicionalmente, la Observación General N°15 recomienda a los Estados desarrollar indicadores para dar seguimiento a los estándares de la observación en el cumplimiento de los artículos del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.[150]

Otro paso relevante tuvo lugar en 2008, cuando el Consejo de Derechos Humanos decidió "nombrar, por un período de tres años, a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento" (*Resolución 7/22*). El mandato de la posteriormente llamada *Relatoría Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento* fue renovado en 2011 y buscó favorecer una comprensión integral del acceso al agua y al saneamiento con enfoque de derechos humanos, y la formulación de recomendaciones a los gobiernos, las Naciones Unidas y otras partes interesadas.

Además, la Asamblea General de las Naciones Unidas reiteró el reconocimiento, en julio de 2010 (*Resolución 64/292*), en cuanto a que *"el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos"***.** Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos hizo lo propio en septiembre de 2010, cuando complementó lo anterior afirmando "que el derecho humano al agua potable y el saneamiento se deriva del derecho a un nivel de vida adecuado y está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, así como al derecho a la vida y la dignidad humana" (*Resolución 15/9*).

---

ceso de los pueblos indígenas a los recursos de agua en sus tierras ancestrales sea protegido de toda transgresión y contaminación ilícitas. Los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos indígenas planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua." (párrafo 16).

149 Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua que sea suficiente y apta para uso personal y doméstico y para prevenir enfermedades;
Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial a los grupos vulnerables o marginados;
Garantizar el acceso físico a instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tenga un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
Velar porque no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua;
Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre el agua para toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y periódicamente revisados en base a un proceso participativo y transparente; deberán proveer métodos, como el establecimiento de indicadores y niveles de referencia, que permitan seguir de cerca los progresos realizados; el proceso mediante el cual se conciba la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados;
Vigilar el grado de realización del derecho al agua;
Poner en marcha programas de agua destinados a sectores concretos y de costo relativamente bajo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular, velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados.

150 "Los indicadores deben referirse a los distintos componentes de un agua adecuada (como la suficiencia, la salubridad y aceptabilidad, la asequibilidad y la accesibilidad), desglosarse según los ámbitos de discriminación prohibidos y abarcar a todas las personas que vivan en la jurisdicción territorial del Estado Parte o estén bajo su control" (párrafo 53).

Desde el inicio del mandato de la Relatoría Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento a la fecha, se han entregado informes sobre el derecho al saneamiento (2009)[151], un compendio de buenas prácticas en materia de derecho humano al agua y al saneamiento[152], informes sobre las obligaciones del Estado en este ámbito (2010)[153], sobre la planificación nacional y local para la aplicación de los derechos al agua y al saneamiento (2011)[154], sobre estigma y ejercicio del derecho (2012)[155], sobre aplicación de los principios de igualdad y no discriminación en la garantía del derecho (2012)[156], sobre violaciones corrientes de los derechos humanos al agua y el saneamiento (2014)[157], sobre el derecho a la participación desde la perspectiva del ejercicio del derecho al agua potable y al saneamiento (2014)[158], sobre asequibilidad (2015)[159], sobre igualdad de género (2016)[160], sobre cooperación para el desarrollo en el sector del agua y el saneamiento (2016)[161], sobre regulación de los servicios (2017)[162], y sobre el principio de la rendición de cuentas en el contexto de la realización de los derechos humanos al agua y el saneamiento (2018)[163], entre otros. Todo lo anterior, implica un prolífico avance en las orientaciones disponibles para que los Estados cumplan con la garantía de este derecho.

Complementando la Observación General N° 15, uno de los aportes realizado desde la Relatoría de este proceso dice relación con las variables para evaluar la acción de los Estados en la garantía de este derecho: disponibilidad, calidad, accesibilidad, participación, seguridad y asequibilidad, no discriminación, responsabilidad, efectividad y sostenibilidad.[164] En el caso del derecho al agua y saneamiento, la relatoría agregó dos condiciones a las mencionadas en la OGº15: una sobre los efectos y otra sobre la sostenibilidad[165].

151 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/144/40/PDF/G0914440.pdf?OpenElement

152 Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf

153 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/148/34/PDF/G1014834.pdf?OpenElement

154 Disponible en https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-33_sp.pdf

155 Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-42_sp.pdf

156 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/456/56/PDF/N1245656.pdf?OpenElement

157 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/069/13/PDF/G1406913.pdf?OpenElement

158 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/490/11/PDF/N1449011.pdf?OpenElement

159 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/172/80/PDF/G1517280.pdf?OpenElement

160 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/167/00/PDF/G1616700.pdf?OpenElement

161 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/250/66/PDF/N1625066.pdf?OpenElement

162 Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/216/98/PDF/G1721698.pdf?OpenElement

163 Disponible en http://undocs.org/es/A/73/162

164 Informe de la Experta Independiente, doc. A/HRC/15/31/Add.1., julio de 2010.

165 **Efectos**
Los efectos de una práctica pueden limitarse a una pequeña comunidad o alcanzar a todo un país, si bien la práctica debe tener efectos demostrables que potencien la realización progresiva de los derechos al agua y al saneamiento. Una buena práctica protege a aquellos que carecen de acceso al agua y al saneamiento y da respuesta a sus necesidades, garantizando además que esas personas sigan disfrutando de un acceso adecuado a esos servicios en el futuro.
Sostenibilidad
Las prácticas deben ser sostenibles desde el punto de vista económico, medio ambiental y social, de manera que

Por último, a nivel internacional, en el marco de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible,* en diciembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el "Decenio Internacional para la Acción: Agua para el Desarrollo Sostenible (2018-2028)"[166]. El decenio comenzó el Día Mundial del Agua, el 22 de marzo de 2018, y terminará en el Día Mundial del Agua, el 22 de marzo de 2028, y "tiene por objetivo hacer mayor hincapié en el desarrollo sostenible y la ordenación integrada de los recursos hídricos para lograr los objetivos sociales, económicos y ambientales, y en la ejecución y promoción de programas y proyectos conexos, así como en el fomento de la cooperación y las alianzas en todos los niveles con el fin de contribuir al logro de los objetivos y las metas sobre el agua convenidos internacionalmente, incluidos los enunciados en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"[167].

Sin perjuicio de lo señalado al respecto en el Capítulo I, cabe hacer referencia aquí al reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, en particular, el acceso al agua. De especial importancia en este sentido es el tratamiento dado a esta relación por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Así tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Comisión (CIDH) se han expedido sobre el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, y la particular relevancia de este derecho en el marco de sus cosmovisiones propias.[168]

---

las generaciones futuras puedan disfrutar de los derechos al agua y al saneamiento. Por tanto, dichas prácticas no deben limitarse a perseguir el objetivo a corto plazo de ayudar a la gente a obtener acceso a los servicios de agua y saneamiento. Las prácticas deben demostrar que se han dotado los recursos necesarios para el funcionamiento y el mantenimiento de los servicios. Si no ha transcurrido un período suficiente para valorarlo, la práctica debe demostrar que en la planificación del proyecto se ha tenido en cuenta y se ha incluido el elemento de la sostenibilidad. En el caso del saneamiento, es importante garantizar que la sostenibilidad implique cambios en el comportamiento y el uso del servicio. En consecuencia, los proveedores de servicios y los responsables políticos deben garantizar que la sostenibilidad constituya un elemento integral de la planificación, y su responsabilidad no se limita a la mera prestación de un servicio www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/BookonGoodPractices_sp.pdf

166 Ver: A/RES/71/222 del 7 de febrero de 2017.

167 *Ibídem*.

168 55. La relación única entre los pueblos indígenas y sus territorios ha sido ampliamente reconocida, por ejemplo, a partir del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 23 de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, los que protegen esta vinculación estrecha que guardan con las tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales, vinculación de importancia fundamental para el goce de otros derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales. Según han reiterado la CIDH y la Corte Interamericana, la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos se vincula con la existencia misma de estos pueblos, y por lo tanto "amerita medidas especiales de protección. La Corte Interamericana ha insistido en que ´los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica´. Para la CIDH, la relación especial entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios significa que ´el uso y goce de la tierra y de sus recursos son componentes integrales de la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas y de la efectiva realización de sus derechos humanos en términos más generales´.
[…] 57. La falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir condiciones de miseria para las comunidades indígenas afectadas, ya que la falta de posesión y acceso a sus territorios les impide el uso y disfrute de los recursos naturales que necesitan para abastecerse de los bienes necesarios para su subsistencia, desarrollar sus actividades tradicionales de cultivo, caza, pesca o recolección, acceder a los sistemas tradicionales de salud, y otras funciones socioculturales cruciales. Por lo tanto, la falta de acceso a los territorios ancestrales, y la inacción estatal al respecto, exponen a los pueblos indígenas y tribales a condiciones de vida precarias o infrahumanas en materia de

Sobre el derecho al agua en relación con los pueblos indígenas, por ejemplo, en la sentencia del Caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay*, en 2005, la Corte concluyó que "los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras. (…) 167. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. (…)"[169].

A continuación, en 2007, en el Caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, la Corte IDH reforzó que "122. […] debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo".

En esa línea, el informe "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo"[170] recoge posiciones planteadas por la Corte IDH y por la CIDH, y recapitula lo siguiente:

---

acceso a alimentación, agua, vivienda digna, servicios básicos y salud y consecuentemente repercuten –entre otras- en mayores índices de mortalidad y desnutrición infantil, y mayor vulnerabilidad a enfermedades y epidemias. En esta medida, la falta de garantía por el Estado del derecho de los pueblos indígenas y tribales a vivir en su territorio ancestral puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños, entre otras.
CIDH, "Derechos De Los Pueblos Indígenas Y Tribales Sobre Sus Tierras Ancestrales Y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

169 CIDH, Ficha Técnica: Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, disponible en http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=258

170 CIDH, "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos

> "165. Una de las principales preocupaciones de la Comisión es el cumplimiento del requisito consistente en que el otorgamiento de la concesión no afecte la supervivencia del pueblo indígena o tribal de conformidad con sus modos ancestrales de vida.
>
> 166. Asimismo, la Comisión considera que el término "supervivencia" debe entenderse de manera coherente con el conjunto de derechos de los pueblos indígenas y tribales a fin de no dar lugar a una concepción estática de sus formas de vida.
>
> 167. En opinión de la CIDH, uno de los mayores riesgos a la existencia física y cultural de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad está constituido por los planes y proyectos de infraestructura y de explotación económica que buscan ser impuestos y ejecutados dentro de sus territorios. Es de especial preocupación que los casos reportados indican que la implementación de proyectos de extracción, explotación o desarrollo pone en riesgo su existencia física y cultural como pueblo al no tener opción de continuar con sus planes de vida, pues los mismos resultarían de imposible realización.
>
> […]
>
> 273. La CIDH ha identificado que los proyectos de extracción, explotación o desarrollo generan una serie de afectaciones a la integridad personal, salud y derecho a un medioambiente sano de los pueblos indígenas y tribales, y comunidades afrodescendientes. Cabe notar que la CIDH cuenta con varios antecedentes referidos a desafíos en la accesibilidad al agua y supuestos efectos de carácter irreparable con respecto a personas y grupos en situación de discriminación histórica. En tales asuntos, la Comisión ha tomado nota, entre otros elementos, sobre supuestas restricciones en el acceso al agua, las cuales podrían impactar de manera irremediable los derechos de determinadas personas.
>
> […]
>
> 281. Con relación a la construcción de represas en tierras y territorios indígenas o tribales, la CIDH ha recibido información que indica que, al interrumpir el cauce natural de los ríos, impactan en las formas propias que tiene los pueblos indígenas de usar sus aguas, generalmente para la agricultura y sus cosechas. Asimismo, la Comisión fue informada que las represas facilitan la acumulación desproporcionada de minerales cuando se realizan actividades mineras de diversa escala alrededor de las mismas. Los monocultivos tienen también efectos ambientales agudos como la pérdida de la biodiversidad, el aumento del uso de agroquímicos, el avance de la frontera agrícola sobre áreas naturales, entre otros. La minería informal genera un intenso ritmo de deforestación y contaminación de suelos y aguas.
>
> 282. Es preocupante advertir que proyectos de distinta naturaleza amenazan con la destrucción misma de fuentes esenciales de agua.

De este modo, progresivamente, a nivel regional se avanza en el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, en particular, el acceso al agua. No obstante, esta

en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo"; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15 31 diciembre 2015, disponible en: www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf

elaboración ha avanzado, lamentablemente, sobre la base de las amenazas y vulneraciones que sobre estos derechos pone la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y tribales.

2.3. Derecho a una vivienda adecuada

El derecho a una vivienda adecuada está reconocido en el derecho humanitario internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos. En el primer caso, se reconoce la protección específica del derecho a una vivienda adecuada durante los conflictos armados internacionales y no internacionales.

Por su parte, entre los **instrumentos de derechos humanos** que reconocen este derecho, se encuentra: la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (art. 25.1), donde se señala que *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios […]".*

Cronológicamente le sigue, la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 1951, que en su art. 21[171] también reconoce este derecho en el caso de las personas refugiadas. El *Convenio Nº 117* de 1962, de la Organización Internacional del Trabajo sobre política social (normas y objetivos básicos), también hace referencia a la vivienda en su art. 5 2)[172]. Otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que contienen cláusulas que reconocen este derecho son: la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965 (art. 5 e) iii)[173]), el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 1966 (art. 17[174]), la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979 (arts. 14 2) y 15 2)[175]); la *Convención sobre*

171 **Artículo 21**. – Vivienda. En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.

172 **Artículo 5** […] 2. Al fijar el nivel mínimo de vida, deberán tomarse en cuenta necesidades familiares de los trabajadores, de carácter esencial, tales como los alimentos y su valor nutritivo, la vivienda, el vestido, la asistencia médica y la educación.

173 **Artículo 5.** En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes 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, particularmente en el goce de los derechos siguientes: […] e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: […] iii) El derecho a la vivienda.

174 **Artículo 17**: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, **su domicilio** o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

175 **Artículo 14** […] 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: […] h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones. **Artículo 15: […]** 2. Los Estado Partes reconocerán a la mujer, en

los Derechos del Niño, de 1989, (arts. 16 1) y 27 3)[176]); la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, de 1990 (art. 43 1) d)[177]), y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, de 2006 (arts. 9 y 28[178]).

En términos generales, actualmente, el derecho a una vivienda adecuada puede ser entendido como "el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad".[179]

En particular sobre los pueblos indígenas, el articulado del *Convenio Nº 169 de la OIT*, sobre pueblos indígenas y tribales reconoce y da garantías a este derecho, en el marco de la especial relación que tienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios (arts. 13, 14, 16 y 17[180]); y la Declaración Sobre

materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. […].

176 **Artículo 16 1.** Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su **domicilio** o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. **Artículo 27**: […] **3**. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. […]

177 **Artículo 43:** 1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con: […] d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres.

178 **Artículo 9** Accesibilidad 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, **viviendas,** instalaciones médicas y lugares de trabajo […].**Artículo 28** Nivel de vida adecuado y protección social 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

179 Comisión de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, Sr. Miloon Kothari. Presentado el 25 de enero de 2001. E/CN.4/2001/51, párr. 8.

180 **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 14: 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá

Los Derechos De Los Pueblos Indígenas, de 2007, **también recoge estas ideas y da protección al derecho a una vivienda adecuada** (arts. 10, 21.1; 23;26; 27; 28; 32[181])

prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 16: 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. 2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados. 3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación. 4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas. 5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.

Artículo 17: 1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos. 2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad. 3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

181 **Artículo 10:** Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 21.1: Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el readiestramiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

Artículo 23: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 26: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o 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 otro tipo 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 pertinentes, 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. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

A nivel regional, la protección de este derecho se enmarca en la *Convención Americana sobre derechos humanos***,** de 1969, en términos generales, al proteger la vida privada y la propiedad, entre otros, y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* hace alusión explícita a este derecho en sus artículos 12, 24 y 26.

Este derecho ha quedado plasmado en los instrumentos internacionales y regionales vinculantes mencionados hasta aquí, que además ha sido acompañado por el desarrollo de reflexiones y acuerdos en el marco del trabajo de las Naciones Unidas, que ha contribuido al desarrollo conceptual de este derecho, favoreciendo el avance hacia una concepción más robusta del mismo.

El primer hito se refiere a la *Declaración y el Plan de Acción de Vancouver*, de 1976, donde se reconoce la vivienda como necesidad básica para la dignidad humana y parte integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.[182].

En 1996, la Asamblea General de la ONU organizó la *Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos, en Estambul*, Turquía, para evaluar el progreso alcanzado de los estados miembros para enfrentar cuestiones sobre urbanización desde la Declaración de Vancouver (Hábitat I), 20 años antes. Como resultado se proclamó la Agenda Hábitat, un plan estratégico aprobado por 171 países y con más de 100 compromisos y 600 recomendaciones.

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 y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado 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 proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

182 "En 1976, alarmada por el rápido y descontrolado crecimiento urbano, en particular en el mundo en vías de desarrollo, la Asamblea General de la ONU convocó la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat I) para que se abordaran los desafíos y el futuro de los asentamientos humanos. Durante la conferencia, en Vancouver, del 31 de mayo al 11 de junio de 1976, se reconoció que las condiciones de los asentamientos humanos afectaban de manera directa el desarrollo humano, social y económico, y que el desarrollo urbano descontrolado tenía graves impactos medioambientales y ecológicos. Esto condujo al Plan de Acción de Vancouver, que destacaba las primeras estrategias a nivel internacional para abordar y controlar las cuestiones del crecimiento urbano. […] Se dieron recomendaciones a los gobiernos y se les urgió a desarrollar estrategias y políticas nacionales para ocuparse del uso y la tenencia del suelo, el crecimiento de la población, la infraestructura, los servicios básicos y la provisión de viviendas y empleos adecuados, teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones desfavorecidas y marginadas. La piedra angular del mandato de ONU-Habitat quedó establecida por la Declaración de Vancouver y el Plan de Acción de Vancouver. Síntesis de la información que se ofrece en www.es.unhabitat.org/sobre-nosotros/historia-mandato-y-mision-en-el-sistema-de-la-onu/

En 2001, la Asamblea General de la ONU aprobó la *Declaración sobre las Ciudades y Otros Asentamientos en el Nuevo Milenio*. Esta declaración reafirmó los puntos fundamentales de la Agenda Hábitat y renovó los compromisos contraídos durante la conferencia Hábitat I, en Estambul. Además, en 2002, la Asamblea General de la ONU aprobó la **Resolución 56/206** que fortaleció el mandato y la condición de la Comisión de Asentamientos Humanos, así como la condición, papel y funciones del Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat). Con efecto desde enero de 2002, la resolución convirtió el Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos en un órgano subsidiario directo de la Asamblea General de la ONU, el *Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, conocido como ONU-Habitat*.

Al reconocimiento del derecho en los instrumentos de derechos humanos jurídicamente vinculantes para los Estados se sumaron las **observaciones generales N°4**[183] (1991),

183 1.El derecho a una vivienda adecuada abarca libertades. Estas libertades incluyen en particular:
- •La protección contra el desalojo forzoso y la destrucción y demolición arbitrarias del hogar;
- •El derecho de ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia; y
- •El derecho de elegir la residencia y determinar dónde vivir y el derecho a la libertad de circulación.

2.El derecho a una vivienda adecuada contiene otros derechos. Entre ellos figuran:
- •La seguridad de la tenencia;
- •La restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio;
- •El acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada;
- •La participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.
- •Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo. Deben satisfacerse varias condiciones para que una forma particular de vivienda pueda considerarse que constituye "vivienda adecuada".

Estos elementos son tan fundamentales como la oferta y disponibilidad básicas de vivienda.

Para que la vivienda sea adecuada, debe reunir como mínimo los siguientes criterios:

-La seguridad de la tenencia: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no cuentan con cierta medida de seguridad de la tenencia que les garantice protección jurídica contra el desalojo forzoso, el hostigamiento y otras amenazas.

-Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: la vivienda no es adecuada si sus ocupantes no tienen agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas, energía para la cocción, la calefacción y el alumbrado, y conservación de alimentos o eliminación de residuos.

-Asequibilidad: la vivienda no es adecuada si su costo pone en peligro o dificulta el disfrute de otros derechos humanos por sus ocupantes.

-Habitabilidad: la vivienda no es adecuada si no garantiza seguridad física o no proporciona espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otros riesgos para la salud y peligros estructurales.

-Accesibilidad: la vivienda no es adecuada si no se toman en consideración las necesidades específicas de los grupos desfavorecidos y marginados.

-Ubicación: la vivienda no es adecuada si no ofrece acceso a oportunidades de empleo, servicios de salud, escuelas, guarderías y otros servicios e instalaciones sociales, o si está ubicada en zonas contaminadas o peligrosas.

-Adecuación cultural: la vivienda no es adecuada si no toma en cuenta y respeta la expresión de la identidad cultural.

7[184] (1997) y **16**[185] (2005) del *Comité de las Naciones Unidas de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* que da seguimiento al cumplimiento del Pacto. Dicho comité ha subrayado que el derecho a una vivienda adecuada no debe ser interpretado en un sentido estricto o restrictivo, sino considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte.

En abril del año 2000, la Comisión de Derechos Humanos adoptó la *Resolución 2000/9*, a través de la cual creó una *Relatoría Especial sobre una vivienda adecuada*, cuyo mandato es concentrarse en este derecho como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, reconocido en el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que fue renovado en 2003.

Durante estos años, la Relatoría sobre vivienda adecuada elaboró numerosos informes que han profundizado el análisis y las orientaciones disponibles para los Estados, respecto a cómo abordar este derecho a los fines de darle una garantía eficaz. Entre los temas explorados, se encuentran informes sobre: políticas habitacionales, responsabilidades de los gobiernos locales y otras autoridades subnacionales, personas en situación de calle, seguridad de la tenencia, asentamientos informales, desalojos forzados, el derecho a una vivienda adecuada y mujeres, migrantes, personas mayores, desplazamientos, desastres naturales, cambio climático, y discriminación, entre otros.

---

184 El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos (extractos)
1.En su Observación general Nº 4 (1991) el Comité señaló que todas las personas deberían gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desalojo forzoso, el hostigamiento u otras amenazas. Llegó a la conclusión de que los desalojos forzosos son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto. […]
10. Las mujeres, los niños, los jóvenes, los ancianos, los pueblos indígenas, las minorías étnicas y de otro tipo, así como otros individuos y grupos vulnerables, se ven afectados en medida desproporcionada por la práctica de los desalojos forzosos. En todos estos grupos las mujeres son particularmente vulnerables a causa de la discriminación jurídica y otras formas de discriminación que suelen darse en materia de derecho de propiedad (incluida la propiedad de una vivienda) o del derecho de acceso a la propiedad o a la vivienda, y de su particular vulnerabilidad a los actos de violencia y abuso sexual cuando se quedan sin hogar. Las disposiciones contra la discriminación del párrafo 2 del artículo 2 y del artículo 3 del Pacto imponen a los gobiernos la obligación adicional de velar por que, cuando se produzca un desalojo, se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación

185 La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (extractos).
4. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha tomado en especial nota de los factores que influyen negativamente en la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en muchas de sus observaciones generales, incluidas las relativas al derecho a una vivienda adecuada.
7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure.
28. Según el artículo 11 del Pacto, los Estados Partes deben reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, lo que incluye una vivienda adecuada (párr. 1) y una alimentación adecuada (párr. 2). Según el artículo 3, leído juntamente con el párrafo 1 del artículo 11, la mujer debe tener derecho de propiedad, usufructo u otra forma de intervención sobre la vivienda, la tierra y los bienes en plena igualdad con el hombre y acceder a los recursos necesarios a tal efecto. […]

En particular, en el informe del año 2016, la Relatoría planteó su foco en la necesidad de actualizar la doctrina, y visibilizar la indivisibilidad e interdependencia entre el derecho a una vivienda adecuada y el derecho a la vida[186].

Por último, en 2018, el informe presentado por la Relatora aborda las estrategias de vivienda con enfoque de derechos humanos.[187]En dicho documento propone a los Estados trabajar sobre la base de **"estrategias de vivienda".** "Las estrategias de vivienda operan en un plano más elevado que las políticas y programas de vivienda, y se basan en una visión del cambio estructural que habrá de lograrse con el paso del tiempo. Las estrategias coordinan una amplia gama de leyes, programas, políticas y decisiones que tienen por objeto cubrir las necesidades de vivienda y que, en conjunto, generan un sistema de vivienda. **El objetivo de las estrategias de vivienda no es solamente proporcionar viviendas, sino también abordar las deficiencias y desigualdades de los sistemas vigentes.** Brindan la oportunidad de revisar y modificar las políticas y programas para garantizar su eficacia, y se oponen a la estigmatización, la marginación y la discriminación que subyacen al fracaso de un sistema de vivienda. Las estrategias de vivienda exigen la participación de diversos departamentos y niveles de gobierno con múltiples responsabilidades y jurisdicciones.

Para dar cumplimiento a los compromisos de la Agenda 2030[188], las estrategias de vivienda deben velar por que nadie se quede atrás. En otras palabras, su objetivo debe ser convertir sociedades en las que un número considerable de personas se ven privadas del derecho a una vivienda adecuada en sociedades en las que todas las personas tengan acceso a una vivienda adecuada y en las que la vivienda sea un medio de garantizar la dignidad, la seguridad y la inclusión en comunidades sostenibles".

Los **Principios fundamentales** de una estrategia de vivienda basada en derechos son:

Principio 1: basarse en la legislación y las normas jurídicas: un derecho legal, sujeto a recursos efectivos.

186 "El derecho a la vida no pertenece en realidad a una u otra categoría de derechos humanos. La experiencia vivida ilustra que el derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir, y este segundo derecho solo tiene sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia. El derecho a una vivienda adecuada se desconecta con demasiada frecuencia del derecho a la vida y los valores básicos de los derechos humanos y se trata más como aspiración normativa que como derecho fundamental que exige respuestas oportunas basadas en los derechos y acceso a la justicia. […] Ahora es el momento de reunificar estos dos derechos para que la falta de hogar y la vivienda extremadamente inadecuada se consideren y se aborden como violaciones inaceptables del derecho a una vivienda y el derecho a la vida" (pág. 2, A/71/310).

187 En el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se han comprometido, en masa, a asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles para 2030. Además, a través de la Nueva Agenda Urbana, los Estados se han comprometido a promover políticas en materia de vivienda que respalden la realización progresiva del derecho a una vivienda adecuada para todos; que luchen contra todas las formas de discriminación y violencia e impidan los desalojos forzosos arbitrarios; y que se centren en las necesidades de las personas sin hogar, las personas en situaciones vulnerables, los grupos de bajos ingresos y las personas con discapacidad, y propicien al mismo tiempo la participación y colaboración de las comunidades y los interesados pertinentes. Véase la resolución 71/256 de la Asamblea General, anexo, párr. 31.

188 Resolución 70/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible"

Principio 2: dar prioridad a los más necesitados y garantizar la igualdad: Las estrategias deben evaluar cuáles son las comunidades y poblaciones que tienen necesidades más acuciantes o que viven en condiciones más peligrosas

Principio 3: tener carácter exhaustivo y abarcar todos los niveles de gobierno: Las estrategias de vivienda deben abarcar múltiples programas, políticas y esferas de gobierno.

Principio 4: participación basada en derechos: La participación es un elemento fundamental de las estrategias de vivienda basadas en los derechos humanos, porque se opone a la exclusión y el silenciamiento. Debe distinguirse de las consultas. La participación de los pueblos indígenas en la planificación y las estrategias de vivienda debe llevarse a cabo de manera acorde con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo.

Principio 5: elaboración de presupuestos responsables y justicia fiscal:

La elaboración de presupuestos para las estrategias de vivienda debe respetar la norma del "máximo de los recursos disponibles" y de "todos los medios apropiados", conforme a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 1, del Pacto, e incluir enfoque de género.

Principio 6: objetivos y plazos basados en los derechos humanos: Los objetivos y plazos deben ser razonables. No conviene que sean ambiciosos hasta el punto de resultar inviables, pero deben reflejar la urgencia de hacer frente a las violaciones de los derechos humanos.

Principio 7: rendición de cuentas y supervisión: Es necesario designar a un órgano de supervisión que se encargue de evaluar de manera constante la eficacia de la estrategia de vivienda, identificar los fallos o deficiencias, recomendar las modificaciones necesarias y pedir responsabilidades

Principio 8: velar por el acceso a la justicia: Las estrategias basadas en derechos deben incluir mecanismos de reclamación efectivos para garantizar el acceso a vías de recurso cuando se determine que se ha producido una vulneración

Principio 9: aclarar las obligaciones de los actores privados y regular los mercados financieros, de la vivienda e inmobiliarios: Las estrategias de vivienda deben incluir campañas de educación sobre derechos humanos dirigidas a inversores y arrendadores; Las estrategias de vivienda deben cumplir todas las normas indicadas en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

Principio 10: ejecutar proyectos de cooperación y asistencia internacionales: los desafíos que se abordan en las estrategias de vivienda son de carácter mundial y requieren la adopción de medidas internacionales; se deben promover las inversiones y las prácticas empresariales conformes con la sostenibilidad y el derecho a la vivienda; Los Estados que necesitan préstamos de acreedores internacionales o regionales deberían negociar condiciones que contribuyan a sus estrategias de vivienda.

2.4. Derecho a la seguridad social

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la seguridad social ha sido entendido como "El derecho […] a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".[189]

Entre los instrumentos de derechos humanos vinculantes, el derecho ha sido reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*[190] (1948), en el artículo 9[191] del *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966), en el artículo 11[192] de la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), artículo 27[193] de la *Convención sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias* (1990), y del artículo 28[194] de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006).

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo[195], cuenta con un conjunto de tratados multilaterales que abordan específicamente la seguridad social. El *Convenio N°102 sobre la seguridad social,* de 1952 desarrolla estándares referidos a la asistencia médica para las personas protegidas, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez[196],

189 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 19: El derecho a la seguridad social, párrafo 2, E/C.12/GC/19, 23 de noviembre de 2007.

190 Artículo 22 "[…] toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"

191 Los Estados Parte reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social"

192 Art. 11 señala que: "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: [….] e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas".

193 Artículo 27
1. Los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. Las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo podrán tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma.

194 Artículo 28. Nivel de vida adecuado y protección social
2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho

195 La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial, y reflejó la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar una paz universal y permanente. Es una agencia tripartita de la ONU que reúne a gobiernos, empleadores/as y trabajadores/as a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de mujeres y hombres.

196 Artículo 25. Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas prote-

gidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.
Artículo 26
1. La contingencia cubierta será la supervivencia más allá de una edad prescrita.
2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años. Sin embargo, la autoridad competente podrá fijar una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate.
3. La legislación nacional podrá suspender la prestación si la persona que habría tenido derecho a ella ejerce ciertas actividades remuneradas prescritas, o podrá reducir las prestaciones contributivas cuando las ganancias del beneficiario excedan de un valor prescrito, y las prestaciones no contributivas, cuando las ganancias del beneficiario, o sus demás recursos, o ambos conjuntamente, excedan de un valor prescrito.
Artículo 27. Las personas protegidas deberán comprender:
(a) sea a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados;
(b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que en total constituyan, por lo menos, el 20 por ciento de todos los residentes;
(c) sea a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67;
(d) o bien, cuando se haya formulado una declaración, en virtud del artículo 3, a categorías prescritas de asalariados que en total constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados que trabajen en empresas industriales en las que estén empleadas, como mínimo, veinte personas.
Artículo 28. La prestación consistirá en un pago periódico, calculado en la forma siguiente:
(a) cuando la protección comprenda a categorías de asalariados o a categorías de la población económicamente activa, de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o con las del artículo 66;
(b) cuando la protección comprenda a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos, de conformidad con las disposiciones del artículo 67.
Artículo 29
1. La prestación mencionada en el artículo 28 deberá garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos:
(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia;
(b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se hayan pagado, durante el período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance una cifra prescrita.
2. Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos:
(a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o
(b) cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas, a las personas protegidas que hayan cumplido un período de calificación prescrito de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito a que se refiere el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.
3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando se garantice una prestación calculada de conformidad con la parte XI, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado en el cuadro anexo a dicha parte para el beneficiario tipo, por lo menos a las personas que hayan cumplido, de conformidad con reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia.
4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte XI cuando el período de calificación correspondiente a la prestación del porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, pero inferior a treinta años de cotización o de empleo. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años se concederá una pensión reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.
5. Cuando la concesión de la prestación mencionada en los párrafos 1, 3 o 4 del presente artículo esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, en las condiciones prescritas, a las personas protegidas que, por el solo hecho de la edad avanzada a que hubieren

prestaciones en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, y prestaciones de sobrevivientes.

En tanto, el *Convenio OIT Nº 128* sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 1967 establece obligaciones en el ámbito de las prestaciones de invalidez, de vejez[197], de sobrevivientes.

---

llegado cuando las disposiciones que permitan aplicar esta parte del Convenio se hayan puesto en vigor, no hayan podido cumplir las condiciones prescritas de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo, a menos que, de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1, 3 o 4 de este artículo, se conceda una prestación a tales personas a una edad más elevada que la normal.
Artículo 30. Las prestaciones mencionadas en los artículos 28 y 29 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia.

197 Parte III. Prestaciones de Vejez
Artículo 14. Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.
Artículo 15
1. La contingencia cubierta será la supervivencia a una edad prescrita.
2. La edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años, pero una edad más elevada podrá ser prescrita por la autoridad competente, habida cuenta de criterios demográficos, económicos y sociales apropiados, justificados por datos estadísticos.
3. Si la edad prescrita fuera igual o superior a sesenta y cinco años, esa edad deberá ser reducida, en las condiciones prescritas, para las personas que hayan estado trabajando en labores consideradas como penosas o insalubres.
Artículo 16
1. Las personas protegidas deberán comprender: (a) sea a todos los asalariados, incluidos los aprendices; (b) sea a categorías prescritas de la población económicamente activa que constituyan, por lo menos, el 75 por ciento de toda la población económicamente activa; (c) sea a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos de conformidad con las disposiciones del artículo 28.
2. Cuando esté en vigor una declaración formulada en virtud del artículo 4, las personas protegidas deberán comprender: (a) sea a categorías prescritas de asalariados que constituyan, por lo menos, el 25 por ciento de todos los asalariados; (b) sea a categorías prescritas de asalariados en empresas industriales que constituyan, por lo menos, el 50 por ciento de todos los asalariados ocupados en empresas industriales.
Artículo 17. La prestación de vejez deberá consistir en un pago periódico calculado: (a) de conformidad con las disposiciones del artículo 26 o con las del artículo 27, cuando la protección comprenda a asalariados o a categorías de la población económicamente activa; (b) de conformidad con las disposiciones del artículo 28, cuando la protección comprenda a todos los residentes, o a los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos.
Artículo 18
1. La prestación mencionada en el artículo 17 deberá garantizarse, en caso de realización de la contingencia cubierta, por lo menos: (a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación que podrá ser de treinta años de cotización o de empleo, o de veinte años de residencia; o (b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la realización de la contingencia, haya cumplido un período de calificación de cotización prescrito y en cuyo nombre se haya pagado, durante el período activo de su vida, el promedio anual de cotizaciones prescrito.
2. Cuando la concesión de la prestación de vejez esté condicionada al cumplimiento de un período mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida por lo menos: (a) a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido, según reglas prescritas, un período de calificación de quince años de cotización o de empleo; o (b) cuando, en principio, todas las personas económicamente activas estén protegidas, a la persona protegida que, antes de la contingencia, haya cumplido un período de cotización prescrito y en cuyo nombre se haya pagado, durante el período activo de su vida, la mitad del promedio anual de cotizaciones prescrito de acuerdo con el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo.

En lo referido a los pueblos indígenas, el artículo 24 del Convenio 169 de la OIT dispone "[l]os regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna."

Como se refleja en dichos convenios de la OIT, no obstante que los instrumentos de derechos humanos se refieren a todas las personas, "el paradigma de la universalidad, es un asunto relativamente reciente a nivel de la OIT, que aparece en las discusiones de su 89ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2001"[198]. Esto se refleja en la Resolución emitida al finalizar la 89° reunión, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en 2001. En dicha resolución, la agencia plantea que "En 1944, la Conferencia reconoció «la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan (…) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa». Ha llegado el momento de renovar la campaña de la OIT para mejorar y extender la cobertura de la seguridad social a quienes la necesiten. […] Cada país debería determinar una estrategia nacional para trabajar por una seguridad social para todos. Esta debería vincularse estrechamente a la estrategia de empleo y al resto de las políticas sociales. Los programas específicos de asistencia social podrían ser un medio para comenzar a incluir a los grupos excluidos en la seguridad social."[199]

En 2001 la OIT puso en marcha una *Campaña Mundial en materia de Seguridad Social y Cobertura para Todos*, donde si bien se asume que no existe un único modelo de seguridad social correcto, debe otorgarse prioridad a las políticas y las iniciativas capaces de acercar la seguridad social a los que carecen de la cobertura ofrecida por los sistemas existentes, promover el principio de igualdad entre los dos géneros, y cada país debe formular una estrategia nacional de avance hacia la consecución de la seguridad social para todos.

En esta misma línea, en la 97° Conferencia Internacional del Trabajo, en 2008, la agencia elaboró la *Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa*, que según se describe, "expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización". En uno de los cuatro principios declara que se deben "adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias

3. Las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo se considerarán cumplidas cuando, por lo menos a la persona que haya cumplido, según reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia, se le garantice una prestación, calculada de conformidad con la parte V, pero según un porcentaje inferior en diez unidades al indicado para el beneficiario tipo en el cuadro anexo a dicha parte.

4. Podrá efectuarse una reducción proporcional del porcentaje indicado en el cuadro anexo a la parte V cuando el período de calificación exigido para la concesión de la prestación correspondiente al porcentaje reducido sea superior a diez años de cotización o de empleo, o a cinco años de residencia, pero no inferior a treinta años de cotización o de empleo o a veinte años de residencia. Cuando dicho período de calificación sea superior a quince años de cotización o de empleo, se concederá una prestación reducida, de conformidad con el párrafo 2 del presente artículo.

Artículo 19. La prestación mencionada en los artículos 17 y 18 deberá concederse durante toda la duración de la contingencia.

198 INDH, "Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. Derecho A La Seguridad Social: Sistema De Pensiones", Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile 2016, pág. 205, Santiago.

199 OIT, Resolución relativa a la seguridad social, 2001, disponible en www.ilo.org

nacionales, con inclusión de: – la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos".[200]

Posteriormente, en 2012 la OIT aprobó la *Recomendación Nº 202*, cuyo objetivo fue establecer recomendaciones de pisos mínimos de protección social[201].

Por su parte, a modo de orientación para los Estados, el Comité que da seguimiento al cumplimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha especificado el contenido del derecho a la seguridad social por medio de su *Observación General N° 6 sobre los derechos económicos,*

200 OIT, Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 10 de junio de 2008, disponible en www.ilo.org

201 II. Pisos nacionales de protección social
Los Miembros deberían establecer y mantener pisos de protección social propios que incluyan garantías básicas en materia de seguridad social. Estas garantías deberían asegurar como mínimo que, durante el ciclo de vida, todas las personas necesitadas tengan acceso a una atención de salud esencial y a una seguridad básica del ingreso que aseguren conjuntamente un acceso efectivo a los bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.
Los pisos de protección social deberían comprender por lo menos: a) acceso a la atención de salud esencial, que cumpla los criterios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; b) seguridad básica del ingreso para los niños, que asegure el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios; c) seguridad básica del ingreso para las personas en edad activa que no puedan obtener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez, y; d) seguridad básica del ingreso para las personas de edad.
Garantías básicas de seguridad social a todos los residentes y niños. Garantías básicas establecidas por ley y procedimientos de queja y de recurso imparciales, transparentes, eficaces, simples, rápidos, accesibles y poco onerosos. La seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad y los niveles de las garantías deberían ser revisados periódicamente, y con participación tripartita.
Considerar diferentes enfoques, con vistas a aplicar la combinación más eficaz y eficiente de prestaciones y regímenes, combinando medidas preventivas, promocionales y activas, prestaciones y servicios sociales; promoviendo la actividad económica productiva y el empleo formal y la coordinación con otras políticas.
Los pisos de protección social nacionales deberían financiarse con recursos nacionales, con eventual apoyo a nivel internacional a fin de complementar sus propios esfuerzos.
III. Estrategias nacionales para extender la seguridad social
Los Miembros deberían formular y aplicar estrategias nacionales de extensión de la seguridad social, proporcionando al mayor número de personas posible y niveles de protección más elevados acordes con las capacidades económicas y fiscales de los Miembros. Los Miembros deberían establecer progresivamente y mantener sistemas de seguridad social coherentes y articular las políticas de seguridad social con las demás políticas públicas.
Al formular y aplicar estrategias nacionales para extender las estrategias de seguridad social, los Miembros deberían: identificar las lagunas de la protección y sus obstáculos; colmar las lagunas de la protección mediante regímenes apropiados y coordinados; complementar la seguridad social con políticas activas del mercado de trabajo, e informar a la población.
Las estrategias de extensión de la seguridad social deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal.
IV. Seguimiento
Los Miembros deberían dar seguimiento a los progresos alcanzados y organizar consultas nacionales de forma periódica para evaluar los progresos realizados, y generar información regularmente sobre seguridad social desglosados, en particular, por sexo.

sociales y culturales de las personas mayores, de 1995. Allí cita el art. 9 del PIDESC relativo al derecho a la seguridad social, indicando además que "Junto a personas de edad que gozan de buena salud y de una aceptable situación económica, existen muchas que carecen de medios económicos suficientes para subsistir, incluso en países desarrollados, y que figuran entre los grupos más vulnerables, marginales y no protegidos. En períodos de recesión y de reestructuración de la economía, las personas de edad corren mayores riesgos. […] Como ha puesto ya de relieve el Comité (Observación general Nº 3 (1990), párr. 12), los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad incluso en momentos de graves escaseces de recursos.[…] De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967) los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales." (párrafos 27, 28 y 30)

La observación también insta a los Estados a fijar la edad de jubilación de manera flexible, y establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos.

En el año 2007, el Comité emitió la *Observación General N° 19 sobre seguridad social*[202]. Allí, el Comité

202 Observación General N° 19. Elementos del derecho a la seguridad social
Si bien los elementos del derecho a la seguridad social pueden variar, hay una serie de factores fundamentales que se aplican en todas las circunstancias.
1.Disponibilidad - sistema de seguridad social: que se haya establecido y funcione un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos sociales de que se trate.
2.Riesgos e imprevistos sociales: El sistema de seguridad social debe abarcar las siguientes nueve ramas principales de la seguridad social: atención de salud; enfermedad; vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad; Sobrevivientes y huérfanos.
3.Nivel suficiente: las prestaciones deben ser suficiente en importe y duración.
4.Accesibilidad: Cobertura, Condiciones, Asequibilidad, Participación e información, acceso físico a los servicios de seguridad social;
5.Relación con otros derechos: El derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto
En relación con los pueblos indígenas, la OG señala que: 35. Los Estados Partes deben tratar en particular de que las poblaciones indígenas y las minorías raciales, étnicas y lingüísticas no queden excluidas de los sistemas de seguridad social por discriminación directa o indirecta, en particular debido a la imposición de condiciones de admisión poco razonables, o a la falta de información suficiente.; 6. No nacionales (incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas); 7. Desplazados internos e inmigrantes internos.
Respecto a las obligaciones jurídicas de los Estados partes, el Comité señala que:
Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social.
Los Estados Partes deben elaborar una estrategia nacional para lograr que se ponga plenamente en práctica el dere-

expresa su preocupación por la falta de acceso a una seguridad social adecuada.

A nivel regional, *la Declaración Americana de Derechos Hum***anos** (arts. 6, 7, 11, 16), el *Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (Protocolo de San Salvador, art. 9), y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* (art. 17) dan reconocimiento a este derecho en términos casi idénticos.

Por último, y aun cuando no tienen fuerza vinculante, existe un grupo de instrumentos regionales que buscan dar contenido al derecho a la seguridad social y plantean estándares al respecto. Entre ellos se encuentra la Declaración Iberoamericana de Seguridad Social de Buenos Aires (1972), el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social de Quito (1978), el Tratado de la Comunidad Iberoamericana de la Seguridad Social (1982), la Declaración de Acapulco (1992), el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur (Decisión CMC N°19/97), el Acuerdo multilateral para la protección en salud de los asegurados en tránsito de las instituciones de seguridad social de Centroamérica (1994) y el Instrumento Andino de Seguridad Social (1997).

---

cho a la seguridad social, y asignar suficientes recursos fiscales y de otro tipo a nivel nacional.
Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto
En relación con las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, la OG señala:
44. La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social.
45. La obligación de proteger exige que los Estados Partes impidan a terceras personas que interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social.
46. Cuando los planes de seguridad social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados Partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de seguridad social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, suficiente, al alcance de todos y accesible. Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.
47. La obligación de cumplir exige a los Estados Partes que adopten las medidas necesarias, incluido el establecimiento de un sistema de seguridad social dirigido a la plena realización del derecho a la seguridad social. Esta obligación de cumplir se puede subdividir en las obligaciones de facilitar, promover y garantizar.
48. La obligación de facilitar exige a los Estados Partes que adopten medidas positivas para ayudar a las personas y a las comunidades a ejercer el derecho a la seguridad social.
49. La obligación de promover obliga al Estado Parte a tomar medidas para garantizar que haya una educación y una sensibilización pública adecuadas sobre el acceso a los planes de seguridad social, en particular en las zonas rurales y en las zonas urbanas desfavorecidas, o entre las minorías lingüísticas y de otro tipo.
50. Los Estados Partes también tienen la obligación de hacer efectivo el derecho a la seguridad social en los casos en que las personas o los grupos no están en condiciones, por motivos que se consideren razonablemente ajenos a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con los medios a su disposición dentro del sistema de seguridad social existente.
51. Es importante que los planes de seguridad social incluyan a los grupos desfavorecidos y marginados.

2.5. Derecho a la salud

El derecho a la salud se relaciona con numerosas dimensiones de la vida de las personas, y ello queda reflejado, de alguna manera, en las diferentes formas en que el derecho internacional de los derechos humanos le reconoce. Así, por un lado, el derecho es reconocido como un derecho en sí mismo, y a la vez, como parte de otros derechos humanos.

En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en 1946, la Organización Mundial de la Salud (OMS) definió la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades". En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos mencionaba la salud como parte del derecho a un nivel de vida adecuado[203]:

El derecho a la salud también fue reconocido como derecho humano en el art. 12[204] del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966); en el art. 5 e) iv)[205] de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965); en los arts. 11 1) f), 12 y 14 2) b)[206] de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979), en el art. 24[207] de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), en los arts. 28, 43

203 Artículo 25 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

204 Artículo 12
1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

205 Artículo 5
En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes 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, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;

206 Artículo 11
1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:
f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
Artículo 12
1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.
Artículo 14
2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:
b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;

207 Artículo 24
1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios

e) y 45 c)[208] de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990), y en el art. 25[209] de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006).

En lo referido a la aplicación de este derecho a los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT reconoce en su artículo 24 el deber de los gobiernos, por un lado, de disponer de servicios adecuados de salud para los pueblos indígenas, así como proporcionar a estos pueblos los medios para que estos puedan ser prestados y organizados bajo su control.

Además, numerosas conferencias y declaraciones han contribuido a desarrollar los contenidos del derecho a la salud. Por ejemplo, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud (en la que se aprobó la Declaración de Alma-Ata) en 1978[210], la Carta de Ottawa para la Promoción de

208 Artículo 28
Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.
Artículo 43
1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con
e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;
Artículo 45
1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:
c) El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;

209 Artículo 25
Salud
Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

210 El punto VI de la Declaración señala: "La atención primaria de salud es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. La atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad. Representa el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria". Y agrega a continuación: "La atención primaria de salud: es a la vez un reflejo y una consecuencia de las condiciones económicas y de las características socioculturales y políticas del país y de sus comunidades, y se basa en la aplicación de los resultados pertinentes de las investigaciones sociales, biomédicas y sobre servicios de salud y en la experiencia acumulada en materia de salud pública; 1. se orienta hacia los principales problemas de salud de la comunidad y presta los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios para resolver esos problemas; 2. comprende, cuando menos, las siguientes actividades: la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondien-

la Salud de 1986, la Declaración y los objetivos de desarrollo del milenio adoptados en septiembre del 2000, y la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA adoptada por la Asamblea General en junio de 2001, también han contribuido a esclarecer diversos aspectos relacionados con el derecho a la salud y a reafirmar los compromisos para con su realización.

A nivel internacional, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales da seguimiento al cumplimiento de dicho Pacto por parte de los Estados, y en el año 2000, el Comité presentó la *Observación General Nr. 14*, la que ayudó a robustecer y clarificar el contenido de este derecho[211].

---

tes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia materno infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales; 3. entraña la participación, además del sector sanitario, de todos los sectores y campos de actividad conexos del desarrollo nacional y comunitario, en particular la agricultura, la zootecnia, la alimentación, la industria, la educación, la vivienda, las obras públicas, las comunicaciones y otros sectores y exige los esfuerzos coordinados de todos esos sectores; 4. exige y fomenta en grado máximo la autorresponsabilidad y la participación de la comunidad y del individuo en la planificación, la organización, el funcionamiento y el control de la atención primaria de salud, sacando el mayor partido posible de los recursos locales y nacionales y de otros recursos disponibles, y con tal fin desarrolla mediante la educación apropiada la capacidad de las comunidades para participar; 5. debe estar asistida por sistemas de envío de casos integrados, funcionales y que se apoyen mutuamente, a fin de llegar al mejoramiento progresivo de la atención sanitaria completa para todos, dando prioridad a los más necesitados; 6. se basa, tanto en el plano local como en el de referencia y consulta de casos, en personal de salud, con inclusión según proceda, de médicos, enfermeras, parteras, auxiliares y trabajadores de la comunidad, así como de personas que practican la medicina tradicional, en la medida que se necesiten, con el adiestramiento debido en lo social y en lo técnico, para trabajar como un equipo de salud y atender las necesidades de salud expresas de la comunidad."

211 OBSERVACIÓN GENERAL NR. 14
DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA SALUD
"El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud" (párr.8).
"El concepto del "más alto nivel posible de salud", a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud" (párr.9).
"El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional" (párr.11).

En dicha Observación General se desarrollan los elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud:

- Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas
- Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud (6) deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.
- No discriminación
- Accesibilidad física
- Accesibilidad económica (asequibilidad)
- Acceso a la información
- Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados
- Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

En cuanto a las *obligaciones de los Estados*, el Pacto impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato[212].

El derecho a la salud ha sido desarrollado en relación con diversos ámbitos y grupos de población[213]. En la Observación General N° 14, antes citada, se desarrollan ciertos principios en materia de igualdad y no discriminación[214], y en relación con ciertos grupos vulnerados como las mujeres, los niños, niñas

212 "Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud" (párr..30). En cuanto a la realización progresiva del derecho, se señala que "significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12".

213 El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró una observación general específica sobre salud sexual y reproductiva n° 22 (2016) y otra anterior sobre no discriminación n° 20 (2009). A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos del Niño, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial han desarrollado otras diez observaciones generales con orientaciones para que los Estados den cumplimiento efectivo a este derecho.

214 "18. En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general Nº 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

y adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidad, y los pueblos indígenas[215].

En el año 2002, la entonces Comisión de Derechos Humanos creó el mandato del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[216]. Desde entonces, se han elaborado informes anuales e informes por país, además de recibir casos con denuncias individuales. Los temas de especial preocupación de la relatoría han sido los siguientes: derecho a la salud y políticas públicas, la violencia como un obstáculo para la realización del derecho a la salud, el derecho a la salud mental, la aproximación al derecho a la salud desde la perspectiva del ciclo de vida, el rol de los diferentes actores, sistemas de salud y financiamiento, el acceso a los medicamentos, derecho a la salud y VIH/SIDA, política de drogas y consumo de estupefacientes, derechos sexuales y reproductivos, medio ambiente y cambio climático, y grupos en situación de vulnerabilidad.

Además, en los informes se han abordado otras numerosas y variadas temáticas tales como el derecho a la salud mental de las personas en tránsito (2018), el derecho a la salud de las personas privadas de libertad (2018), corrupción y derecho a la salud (2017), el derecho a la salud de los y las adolescentes (2016),implementación efectiva del derecho a la salud, justiciabilidad, realización progresiva del derecho a la salud, déficit de accountability por parte de las corporaciones transnacionales, entre otros (2014), derecho a la salud y criminalización de las conductas sexuales entre personas del mismo

19. En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud (16). Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población."

215 "27. Habida cuenta del derecho y la práctica internacionales que están surgiendo, así como de las medidas adoptadas recientemente por los Estados en relación con las poblaciones indígenas (19), el Comité estima conveniente identificar los elementos que contribuirían a definir el derecho a la salud de los pueblos indígenas, a fin de que los Estados con poblaciones indígenas puedan aplicar más adecuadamente las disposiciones contenidas en el artículo 12 del Pacto. El Comité considera que los pueblos indígenas tienen derecho a medidas específicas que les permitan mejorar su acceso a los servicios de salud y a las atenciones de la salud. Los servicios de salud deben ser apropiados desde el punto de vista cultural, es decir, tener en cuenta los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales. Los Estados deben proporcionar recursos para que los pueblos indígenas establezcan, organicen y controlen esos servicios de suerte que puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. También deberán protegerse las plantas medicinales, los animales y los minerales que resultan necesarios para el pleno disfrute de la salud de los pueblos indígenas. El Comité observa que, en las comunidades indígenas, la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto y presenta una dimensión colectiva. A este respecto, el Comité considera que las actividades relacionadas con el desarrollo que inducen al desplazamiento de poblaciones indígenas, contra su voluntad, de sus territorios y entornos tradicionales, con la consiguiente pérdida por esas poblaciones de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, ejercen un efecto perjudicial sobre a salud de esas poblaciones."

216 Resolución 2002/31. El mandato fue renovado por el Consejo de Derechos Humanos, en diciembre de 2007, a través de la Resolución 6/29, y sucesivamente en octubre de 2010 a través de la resolución 15/22, en octubre de 2013 a través de la resolución 24/6, y en octubre de 2016 a través de la resolución 33/9.

sexo y orientación sexual, trabajo sexual y transmisión de VIH (2010); enfoque de derechos humanos en los indicadores de salud (2006); profesionales de la salud y educación en derechos humanos (2005).

Finalmente, en los últimos años, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) ha trabajado colaborativamente con organismos técnicos y de la sociedad civil, académicos y otros profesionales, desarrollando un sistema de indicadores para dar seguimiento al cumplimiento, por parte del Estado, de los compromisos en este ámbito[217].

Este esfuerzo conjunto busca mejorar las condiciones para el monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, entre ellos, el derecho a la salud

A nivel interamericano, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969) contiene disposiciones relacionadas con la salud, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el derecho a la familia y la vida privada. En tanto, el derecho a la salud está reconocido en el artículo 10 del *Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador"* (1988)[218] se reconoce el derecho a la salud[219].

A su vez, el derecho está reconocido en el art. 11[220] de la *Convención Interamericana sobre la Protección*

217 "[L]os indicadores de derechos humanos brindan informaciones concretas sobre el estado o la condición de un objeto, un acontecimiento, una actividad o un resultado que pueden estar relacionados con las normas de derechos humanos; que abordan y reflejan principios e intereses en materia de derechos humanos y que se utilizan para evaluar y vigilar la promoción y protección de los derechos humanos. (Pág. 19).
(…) [L]os indicadores del cumplimiento en el contexto de los derechos humanos están explícitamente anclados en las normas de derechos humanos. Esos indicadores tienen objeto captar la medida en que las obligaciones derivadas de esas normas se están cumpliendo y están dando resultados que pueden asociarse a una mejora en el disfrute de los derechos humanos (Pág.22). Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). "Indicadores de derechos humanos. Guía para la medición y la aplicación", 2012.

218 A la fecha de esta publicación, Chile no ha ratificado el "Protocolo de San Salvador".

219 "1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

220 "Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La persona mayor tiene el derecho irrenunciable a manifestar su consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. La negación de este derecho constituye una forma de vulneración de los derechos humanos de la persona mayor.
Con la finalidad de garantizar el derecho de la persona mayor a manifestar su consentimiento informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, así como a ejercer su derecho de modificarlo o revocarlo, en relación con cualquier decisión, tratamiento, intervención o investigación, en el ámbito de la salud, los Estados Parte se comprometen a

de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en los siguientes términos:

Finalmente, en 2017 se creó la Relatoría Especial en DESCA, cuyo mandato es apoyar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en las Américas.

3. ESTÁNDARES COMPARADOS CON ÉNFASIS EN ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES

En el siguiente apartado se realiza un análisis del contenido específico de ciertos derechos en las Constituciones Políticas de Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Ecuador, Colombia y México. En ellas se buscó conocer cómo –si es que de algún modo- se reconocen los derechos a la salud, a un medio ambiente libre de contaminación, al agua, a la vivienda adecuada, y a la seguridad social (pensiones de vejez). Al recorrer estos textos para hacer este análisis, es posible reflexionar acerca de las trayectorias de estas democracias y sus pueblos, el rol de las Constituciones en cada Estado, las tensiones entre poderes y las brechas entre las obligaciones estatales y sus prácticas.

Antes de continuar, es necesario llamar la atención respecto al hecho de que, a la hora de analizar si un derecho se encuentra reconocido y protegido a nivel constitucional, no alcanza con considerar solamente la fórmula de redacción, el modo del reconocimiento, sino que es necesario tener en consideración cómo la parte orgánica distribuye poder entre poderes del Estado y otros actores, al asignar roles y potestades específicas (o no). Como señalamos al inicio de este capítulo, los magros resultados de nuestros sistemas democráticos tienen que ver, en muchas ocasiones, con problemas en la distribución de poder, en muchos casos, en marcos de Constituciones con derechos bien desarrollados en sus textos.

---

elaborar y aplicar mecanismos adecuados y eficaces para impedir abusos y fortalecer la capacidad de la persona mayor de comprender plenamente las opciones de tratamiento existentes, sus riesgos y beneficios.
Dichos mecanismos deberán asegurar que la información que se brinde sea adecuada, clara y oportuna, disponible sobre bases no discriminatorias, de forma accesible y presentada de manera comprensible de acuerdo con la identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación de la persona mayor.
Las instituciones públicas o privadas y los profesionales de la salud no podrán administrar ningún tratamiento, intervención o investigación de carácter médico o quirúrgico sin el consentimiento informado de la persona mayor.
En los casos de emergencia médica que pongan en riesgo la vida y cuando no resulte posible obtener el consentimiento informado, se podrán aplicar las excepciones establecidas de conformidad con la legislación nacional.
La persona mayor tiene derecho a aceptar, negarse a recibir o interrumpir voluntariamente tratamientos médicos o quirúrgicos, incluidos los de la medicina tradicional, alternativa y complementaria, investigación, experimentos médicos o científicos, ya sean de carácter físico o psíquico, y a recibir información clara y oportuna sobre las posibles consecuencias y los riesgos de dicha decisión.
Los Estados Parte establecerán también un proceso a través del cual la persona mayor pueda manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos. En estos casos, esta voluntad anticipada podrá ser expresada, modificada o ampliada en cualquier momento solo por la persona mayor, a través de instrumentos jurídicamente vinculantes, de conformidad con la legislación nacional."

El análisis de "la ley primera", como se le suele decir en algunos países, es relevante desde el punto de vista de los derechos humanos a los fines de identificar los pisos mínimos que deben orientar las normas y el diseño de políticas públicas. No obstante, las normas constitucionales –en ocasiones- ideales en su redacción, cobran vida real en las interpretaciones y en las prácticas estatales. En otros casos, los textos constitucionales no contienen grandes desarrollos, y sin embargo, su interpretación por parte del legislador o de los tribunales es robusta y garantista.

En el marco de los debates constitucionales, existen discusiones en torno a la forma en que las Constituciones pueden consagrar los derechos humanos, a la vez que respeto a su justiciabilidad, y asociado con esto, al rol y la práctica de los tribunales de justicia. Respecto al primer punto, sobre la forma en que las constituciones reconocen los derechos humanos, el análisis efectuado muestra lo siguiente:

Algunas de las Constituciones analizadas son acotadas en lo referido al reconocimiento de los DESCA, y en general, de otros derechos y principios que ordenan al Estado. Otras, por el contrario, tienen un desarrollo exhaustivo y extenso de ciertos ámbitos de interés. Esto dice relación con la tradición Iberoamericana:

> "Todas las Constituciones de Iberoamérica son escritas. En esta característica se expresa con claridad la influencia primordial de la tradición jurídica europea continental de la codificación, donde la expresión escrita de la ley, la norma jurídica, es estimada una condición para su validez y aplicación. En contraste con la tradición del derecho anglosajón, especialmente Inglaterra, donde la expresión escrita no ha sido una de las características del sistema jurídico, llegándose, como es sabido, incluso a que en la Inglaterra de antes y en la Gran Bretaña de hoy no hay Constitución escrita. (…) Sin embargo, en la mayoría de los países de Iberoamérica la cantidad de constituciones escritas que se han sucedido una a la otra, las múltiples modificaciones legislativas, y las derogaciones *defacto* y las suspensiones de la Constitución que han ocurrido en varios de los países, indican que la característica de la escrituración y la rigidez no han traído como resultado la esperada estabilidad del Estado dentro de un orden establecido." [221]
>
> "Curiosamente, en los países que siguen la tradición jurídica del *common law,* donde las constituciones si bien escritas permiten ellas mismas la actualización de las mismas por vía de la interpretación judicial amplia y abierta, las constituciones permanecen, las reformas son pocas y sustanciales, y la estabilidad institucional mayor. No se desea avanzar otro tipo de conclusiones fuera de señalar que las características del sistema jurídico a que se pertenece influyen notoriamente en el desarrollo político institucional y en la Constitución como instrumento de ordenamiento social. Las constituciones de América del Norte y el Caribe, como las de Iberoamérica, son constituciones escritas, si bien su significado se complementa con diversas decisiones judiciales."[222]

221 Fuenzalida-Puelma, H. y Scholle Connor, S. Editores; "El derecho a la salud en las Américas. Estudio Constitucional Comparado", Publicación Científica Nº 509, Organización Panamericana de la Salud, 1989, pág. 526.

222 *Ob. Cit*., pág. 528.

Algunas Constituciones analizadas contienen referencias explícitas a los derechos de las personas pertenecientes a grupos especiales de protección, como las personas con discapacidad, las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores, o los pueblos indígenas (México, Ecuador, Bolivia, Colombia). Algunas otras, explicitan sus proyectos de desarrollo como Estado, alcanzando ámbitos de regulación sectorial como la minería y la energía (Bolivia). En otros casos, la Constitución también desarrolla de modo central el concepto de "buen vivir" (Ecuador, Bolivia). No obstante, los casos de Argentina, Uruguay y en alguna medida Brasil son ejemplos de Constituciones que no contienen un gran desarrollo referido a los DESCA en sus textos, sino que –como en el caso argentino- otorgan reconocimiento con jerarquía constitucional a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.

De acuerdo al profesor Nogueira, "nuestro constitucionalismo latinoamericano, se ha distinguido en el concierto internacional en las últimas tres décadas por asegurar los derechos fundamentales en base no sólo a la explicitación formal de los derechos asegurados constitucionalmente sino también incorporando a estos los derechos asegurados por las fuentes formales del derecho internacional (…) La positivación constitucional constituye el primer paso para la efectividad y eficacia de los derechos económicos, sociales y culturales, como ocurre, asimismo, con los derechos individuales y políticos. Dicha positivación puede estar dada directa e inmediatamente en el texto constitucional al reconocerse los derechos económicos, sociales y culturales como derechos constitucionales o derechos fundamentales, adquiriendo la misma fuerza normativa que todas las disposiciones constitucionales, o por integrar el bloque constitucional de derechos como derechos implícitos, o derechos incorporados al texto constitucional por la vía de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos específicamente reconocidas e incorporadas al ordenamiento automáticamente o por el procedimiento que indica el propio texto constitucional.

En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden estar suficientemente delimitados y configurados, determinando el sujeto pasivo de la obligación de su respeto y aseguramiento. Luego, es posible también garantizarlos como se hace con los derechos individuales. La exigencia al Estado es precisamente de que ellos sean efectivamente asegurados, respetados, protegidos y garantizados, ya que la garantía depende de una decisión política y económica del Estado."[223]

Sobre el punto del reconocimiento de derechos en las Constituciones, y la relación que esto tiene con la garantía de derechos, el profesor argentino Roberto Gargarella advierte sobre la necesidad de ser escépticos "frente a la actitud celebratoria o ingenua de defensa de los derechos" y señala que no se debe olvidar; "la cuestión más estructural, que tiene que ver con la cuestión económica pero también con la parte orgánica de la Constitución." Según el profesor, "En parte el problema es que quienes tienen un papel central -actual o potencial- en la reforma son aquellos que se benefician o podrían ser los primeros beneficiados de este sistema constitucional que es funcional a una distribución desigual del poder económico, político y legal. Entonces las constituciones están hechas al servicio de esa desigualdad y son reflejo de ella y es difícil pensar que van a verse movidos a cortarse los propios pies. En estos años se dan los aniversarios de las constituciones de Brasil, Ecuador, Colombia, México, y son hechos extraordinarios en sí, pero también por el modo en que han sido expresión

223 Nogueira Alcalá, Humberto; "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, pág. 149 y 160.

de y funcionales a la preservación de desigualdades. Es decir, son producto de desigualdades y a su vez reforzadoras de ellas. Entonces muchas instituciones que están ahí consagradas merecerían ser cambiadas, pero, en términos de la motivación política, no es fácil ver de donde podrían salir las energías para impulsar el tipo de reformas que uno pensaría necesarias. Está claro que las reformas de los derechos han sido funcionales a la preservación de las desigualdades. (…) Si uno tuviera que mencionar una cláusula espectacular del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es la vinculada al *sumak kawsay*, o sea los derechos indígenas y los derechos de la naturaleza, sobre todo. Eso fue para muchos lo fascinante que simbolizaba lo más avanzado en Ecuador y en Bolivia para el derecho constitucional regional, pero que consagraban algo rarísimo como que la naturaleza tenía derechos. La Corte ecuatoriana, en una de las tantas vueltas para defender al presidente, dijo que los proyectos de fracking[224] y de explotación minera más salvajes eran compatibles con el *suma causae*. De nuevo, una muestra de que si vos preservás las estructuras de desigualdad en todo terreno (económico, político, institucional, constitucional), después no me mientas regalándome derechos nuevos y nuevas formas de participación."[225]

En relación con el ámbito específico de la justiciabilidad de los DESCA[226] y el tipo de respuesta dada por algunos tribunales superiores, la bibliografía consultada permite afirmar que la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha hecho una interpretación de los DESC que permite considerarlos 'justiciables´[227]. Del análisis desarrollado por algunos especialistas, la jurisprudencia constitucional de algunos países muestra casos en donde los tribunales han hecho una interpretación integral de los DESCA y sus implicancias en términos de las obligaciones del Estado y sus políticas públicas a desarrollar.

Tomando como base de análisis algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana[228], la Corte Suprema de Venezuela[229], la Corte Suprema Argentina[230], y el Tribunal Constitucional

224 La fracturación hidráulica, fractura hidráulica o estimulación hidráulica es una técnica para posibilitar o aumentar la extracción de gas y petróleo del subsuelo.

225 Entrevista a Roberto Gargarella, por Tomás Allan y Ramiro Albina, en Revista Segunda Vuelta, 3 de noviembre de 2018, disponible en www.segundavueltarevista.com

226 En el ámbito latinoamericano, los países que son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, saben que el artículo 26 de dicha Convención, posibilita la presentación de peticiones individuales en relación con derechos económicos, sociales y culturales, sobre lo cual se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "cinco pensionistas v/s Perú" en su sentencia de 28 de febrero de 2003.

227 Claudio Nash Rojas, Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 65 – 118. A nivel interamericano, la Corte ha desarrollado argumentos con posiciones a favor y en contra de la justiciabilidad directa de los DESCA sobre la base del artículo 26 de la CADH. Un ejemplo de ello es el voto concurrente de los jueces Sierra Porto y Ferrer Mac Gregor en el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, 1 de septiembre de 2015.

228 Sentencias citadas en Nogueira, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 143-205: Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, ST-533 de 1992, fundamentos 1, 3 y 5. Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-776 de 2003, Sentencia C-251 de 1997; T-595 de 2002; T-680-2003; Sentencia Corte Constitucional T-010 de enero 21 de 1999; SU – 111 de 4 1997.

229 Sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 487/2001 de 6 de abril, reiterada en sentencia N° 881/2002, de 8 de mayo; sentencia N° 85 de 2002.

230 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 24 de octubre de 2000. *Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social* –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/Re-

Peruano[231], el profesor Humberto Nogueira concluye que "El derecho comparado muestra nuevas opciones de garantía del conjunto de los derechos, a través de la consideración de las omisiones legislativas absolutas que afectan el contenido de derechos fundamentales, posibilitando controles de constitucionalidad por omisiones legislativas, por la persistente e irrazonable vulneración de derechos por la negativa a dictar las normas de implementación de ellos, instando a legislar dentro de plazos razonable y reservándose el control de razonabilidad y proporcionalidad de esos productos legislativos, teniendo como parámetro de control los atributos integrantes de los derechos esenciales o fundamentales determinados por la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos."[232]

En el caso del profesor Claudio Nash, las conclusiones de su análisis para algunas sentencias de Colombia y Perú, señalan que: "En primer lugar, destaca la concepción de estos derechos como derechos exigibles y respecto de los cuales el Estado está obligado, al menos, a adoptar medidas positivas que permitan el cumplimiento de ciertos mínimos para su goce y ejercicio por parte de la ciudadanía. En segundo lugar, es posible ver que los tribunales constitucionales también han considerado como una vía útil para la protección de los derechos con fuerte contenido prestacional, usar derechos civiles y políticos, en particular aquellos derechos que cuentan con una mejor protección institucional, como el derecho a la vida y el principio de igualdad y no discriminación. En tercer lugar, es interesante el contenido muy concreto que se ha otorgado al principio de progresividad, tanto en su fase positiva (avances en pos del cumplimiento de ciertos mínimos de satisfacción de derechos) como en su alcance de abstención (políticas de no regresividad). Por último, destaca que estos derechos con un fuerte contenido prestacional contemplan obligaciones positivas para el Estado, en particular, vinculadas con las políticas públicas necesarias para satisfacer dichos derechos prestacionales, lo que permite a los tribunales con competencia constitucional revisar políticas públicas e incluso proponer medidas para que sean adoptadas por las autoridades competentes."[233]

En el caso de Argentina, y en particular al analizar el derecho a la seguridad social y su relación con el derecho a la salud, Bazán señala que "el sistema jurisdiccional ofrece un grado de protección adecuado y sustentable. Su oportuna actuación, con la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la vanguardia, ha posibilitado tutelar aspectos básicos de tal potestad. (…) Si bien la performance protectora del máximo tribunal argentino acerca del derecho a la seguridad social arroja un saldo positivo, no se puede ocultar que el mayor déficit se localiza en las esferas de planificación y la apropiada ejecución de políticas sociales."[234] Y concluye: "En el Estado constitucional y convencional, la creciente interrelación de derechos y políticas sociales deviene indisputable. En ese punto, con ser muy apreciable la labor de defensa de los derechos humanos, en la hora actual ella por sí sola se revela exigua (y en consecuencia ineficaz) si no se la acompaña con una tarea proactiva de fiscalización de las políticas públicas para

curso de Hecho, considerando 21.

231 Sentencia del Tribunal Constitucional peruano Exp. N° 4635-2004- AA/TC-Tacna, fundamentos jurídicos 18° y 19°.

232 Nogueira Alcalá, Humberto; "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", Estudios Constitucionales, Año 7, Nº 2, 2009, pág. 201.

233 *Ibídem*, pág. 98.

234 Bazán, Víctor, "La protección del derechos a la seguridad social en el Estado Constitucional y convencional argentino", en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXIII, Bogotá 2017, pág. 238.

enfocar los inconvenientes estructurales que subyacen a las violaciones concretas de aquellos derechos en la franja de la seguridad social), para procurar incidir en la formación o la corrección de tales políticas sustentadas en valores como la equidad social y la solidaridad."[235]

Ante este hecho, una conclusión evidente es que así como es relevante que las constituciones contengan un reconocimiento positivo de los derechos humanos, y en particular a los DESCA, del cual se deriven las obligaciones del Estado, ello no garantiza una interpretación favorable por parte de la justicia ni del Ejecutivo a cargo del desarrollo de politicas públicas a nivel nacional. En este marco, es el conjunto de acciones lo que puede hacer una diferencia en la garantía eficaz de los derechos humanos. Por un lado, esto implica su reconocimiento formal a nivel constitucional, pero por el otro, y desde una crítica a las condiciones estructurales de desigualdad en que viven las personas y comunidades en nuestros países, se requieren proyectos de desarrollo económico y diseños institucionales que distribuyan efectivamente el poder politico y económico. De otro modo, con los actuales diseños institucionales, políticos y económicos que concentran el poder en grupos muy reducidos de personas, sin posibilidad de incidencia real y participación de las comunidades y organizaciones, resultará difícil cuando no imposible, concretar proyectos democratizadores e igualitarios a través de la institucionalidad formal de nuestros Estados.

4. CONSTITUCIONES DE AMÉRICA LATINA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR	
TITULO I. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO CAPÍTULO PRIMERO Principios fundamentales	Artículo 1 Artículo 3
TÍTULO II. DERECHOS CAPÍTULO PRIMERO Principios de aplicación de los derechos CAPÍTULO SEGUNDO. Derechos del buen vivir Sección primera Agua y alimentación Sección segunda Ambiente sano Sección sexta. Hábitat y vivienda Sección octava. Trabajo y seguridad social CAPÍTULO SÉPTIMO. Derechos de la naturaleza CAPÍTULO NOVENO Responsabilidades	Artículo 10 Artículo 11 Artículo 12 Artículo 13 Artículo 14 Artículo 15 Artículo 30 Artículo 31 Artículo 32 Artículo 34 Artículo 71 Artículo 72 Artículo 73 Artículo 74 Artículo 83

235 *Ibídem*, pág. 239.

TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES CAPÍTULO PRIMERO Garantías normativas CAPÍTULO SEGUNDO Políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana	Artículo 84 Artículo 85
TÍTULO VI RÉGIMEN DE DESARROLLO CAPÍTULO PRIMERO Principios generales CAPÍTULO TERCERO Soberanía alimentaria CAPÍTULO CUARTO Soberanía económica Sección primera Sistema económico y política económica Sección quinta Régimen tributarlo CAPÍTULO QUINTO Sectores estratégicos, servicios y empresas públicas	Artículo 275 Artículo 276 Artículo 277 Artículo 281 Artículo 282 Artículo 284 Artículo 300 Artículo 313 Artículo 314

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA	
TITULO II. DE LOS DERECHOS, LAS GARANTIAS Y LOS DEBERES CAPITULO I. De los derechos fundamentales CAPITULO II. De los derechos sociales, económicos y culturales Derecho a la seguridad social Derecho a la salud Derecho a una vivienda digna	Artículo 13 Artículo 48 Artículo 49 Artículo 50 Artículo 51 Artículo 52
CAPITULO III. De los derechos colectivos y del ambiente Derecho a un medio ambiente sano	Artículo 79 Artículo 80 Artículo 81
CAPITULO V. De los deberes y obligaciones	Artículo 95

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE PLURINACIONAL DE BOLIVIA	
Primera Parte. Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías. TÍTULO I. BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO CAPÍTULO SEGUNDO: Principios, Valores y Fines del Estado	Artículo 7 Artículo 8 Artículo 9 Artículo 10

TÍTULO II DERECHOS FUNDAMENTALÍSIMOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CAPÍTULO SEGUNDO - Derechos Fundamentalísimos CAPÍTULO CUARTO - Derechos De Las Naciones Y Pueblos Indígena Originario Campesinos CAPÍTULO QUINTO - Derechos Sociales Y Económicos Sección I - Derecho al medio ambiente Sección II Derecho a la salud y a la seguridad social	Artículo 13 Artículo 14 Artículo 15 Artículo 16 Artículo 17 Artículo 18 Artículo 19 Artículo 20 Artículo 31 Artículo 32 Artículo 33 Artículo 34 Artículo 35 Artículo 36 Artículo 37 Artículo 38 Artículo 39 Artículo 40 Artículo 41 Artículo 42 Artículo 43 Artículo 44 Artículo 45
TÍTULO III - DEBERES	Artículo 109
TÍTULO IV. GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y ACCIONES DE DEFENSA CAPÍTULO PRIMERO: Garantías jurisdiccionales	Artículo 110 Artículo 111 Artículo 112 Artículo 113 Artículo 114 Artículo 115 Artículo 116 Artículo 117 Artículo 118 Artículo 119 Artículo 120 Artículo 121 Artículo 122 Artículo 123 Artículo 124 Artículo 125

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ARGENTINA	
PRIMERA PARTE CAPÍTULO PRIMERO. DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS Derecho a la seguridad social y a la vivienda digna	Artículo 14 bis
CAPÍTULO SEGUNDO. Nuevos derechos y garantías Derecho un medio ambiente sano Derecho a la salud	Artículo 41 Artículo 42
CAPITULO CUARTO. Atribuciones del Congreso	Artículo 75

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY	
SECCION II. DERECHOS, DEBERES Y GARANTIAS CAPÍTULO 1 Derecho a la salud Derecho a una vivienda decorosa Derecho al medio ambiente y al agua Derecho a la seguridad social	Artículo 44 Artículo 45 Artículo 47 Artículo 67

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	
TÍTULO PRIMERO CAPÍTULO I De los derechos humanos y sus garantías	Artículo 1
Derecho a la salud, a un medio ambiente sano, al agua, y a la vivienda digna	Artículo 4 Artículo 25 Artículo 27
TÍTULO SEXTO DEL TRABAJO Y DE LA PREVISIÓN SOCIAL Derecho a la seguridad social	Artículo 123

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BRASIL	
TÍTULO II - DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES CAPÍTULO II - De los derechos sociales	Artículo 6 Artículo 7
TÍTULO VIII - DEL ORDEN SOCIAL CAPÍTULO I - Disposición general Sección I - Disposiciones Generales	Artículo 193 Artículo 194 Artículo 195

Sección II. De la Salud Derecho a la salud	Artículo 196 Artículo 197 Artículo 198 Artículo 199 Artículo 200
Sección III. De la Previsión Social Derecho a la seguridad social	Artículo 201 Artículo 202
CAPÍTULO VI. DEL MEDIO AMBIENTE Derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado	Artículo 225

ISBN: 978-956-9315-14-5