

Derechos de los pueblos Indígenas al Agua y Normas Internacionales

David H. Getches

I. Introducción

Los pueblos indígenas de casi todos los países han visto sus fuentes tradicionales de agua explotadas para el beneficio económico de la sociedad dominante y no-nativa. La disminución y contaminación de fuentes de agua para el desarrollo de otros han limitado la habilidad de los pueblos nativos en efectuar tareas hídrico-dependientes tales como la agricultura o la pesca y a la vez perpetuar culturas que pueden depender de actividades de subsistencia tradicionales y prácticas espirituales que requieren el acceso al agua. Adicionalmente, los gobiernos nacionales típicamente han creado sistemas de leyes del agua que benefician a la utilización no-nativa y permiten la disminución o contaminación de fuentes de agua necesarias para la subsistencia de los pueblos indígenas.

Aunque algunos países han empezado a reconocer los derechos de los pueblos nativos al agua, es más común que se desestime las normas indígenas. Sin embargo, las comunidades nativas tendrían derechos bajo las leyes domésticas que no han sido aprovechadas de manera completa. El tema de derechos indígenas en las leyes domésticas del agua de varios países se analiza en varias publicaciones del proyecto WALIR. Esta publicación se limita solamente al potencial que existe para afirmar las demandas bajo la ley internacional en casos de privación del agua para uso indígena.

Casi la totalidad de las poblaciones indígenas comparten un conjunto similar de problemas enraizados en su situación socio-política única como poblaciones no-dominantes, colonizadas o conquistadas. A la medida que los poderes coloniales extienden su control las poblaciones indígenas a menudo han sufrido. Los colonizadores extraen, desarrollan o despojan los recursos locales naturales en su búsqueda de riqueza. Bajo la máscara de “civilizar” a los grupos nativos, que a menudo se consideraban primitivos, los colonizadores imponían sistemáticamente sus identidades culturales y políticas a las poblaciones indígenas quienes a menudo se veían despojadas de muchas de sus tierras y recursos ancestrales y privados de su manera de vivir tradicional.

En los medios áridos o semiáridos la necesidad del agua para la sobrevivencia y la obtención del sustento a partir de la tierra es de suma importancia. Esta verdad se aplica en muchas áreas de las Américas donde los grupos indígenas aún se encuentran, tales como los desiertos y planicies de los Estados Unidos y México o el altiplano de la región andina de Sudamérica. Muchos pueblos nativos de las Américas han encontrado que la única manera de asirse a su heredad cultural fue el dejarse ser empujados a áreas remotas por los colonizadores y los inmigrantes europeos que siguieron. Los blancos recién llegados consideraban a tales tierras improductivas o no deseables. La sobre vivencia, tanto económica como cultural, para las sociedades anteriormente aisladas se ha tornado progresivamente dificultosa debido a que el crecimiento de las poblaciones y economías no-nativas provoca mayor demanda a los restantes recursos naturales incluyendo el agua.

No existe un cuerpo de ley internacional que protege específicamente la habilidad de los pueblos nativos de prevenir el sobre uso o mal uso del agua por pueblos ajenos o bien asegurar su acceso al agua para sus propias necesidades. Sin embargo, varios acuerdos multinacionales y normas internacionales se pueden aplicar a las conductas,

prácticas y políticas de los gobiernos dominantes con respeto a las poblaciones e individuos indígenas. Así como los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y a los recursos naturales, las posibles demandas indígenas de acceso al agua se podrían obtener a partir de garantías internacionales para los derechos humanos y compromisos a la protección del medio ambiente. El hecho de que los acuerdos no hacen mención específica del agua se debe en parte a que la ley internacional apenas empieza a comprender la naturaleza única de las demandas de los pueblos indígenas a los recursos naturales. Además, los grupos o individuos indígenas pocas veces han afirmado sus demandas a las tierras y recursos naturales (con la excepción de las leyes domésticas de unos cuantos países.) Es probable que se verán mas demandas cuando los derechos humanos internacionales incluyan los derechos indígenas al agua y otros recursos naturales.

II. La naturaleza de la ley internacional

A. Acuerdos formales

Aunque la ley internacional no contiene protección específica de los intereses indígenas al agua, las demandas indígenas pueden ajustarse a varias categorías de protección que se mencionan en los instrumentos de derecho humano con respeto a los derechos a la propiedad, protección ambiental, subsistencia, preservación cultural, discriminación racial y autodeterminación. Por lo tanto, varios acuerdos podrían servir de base bajo ley internacional para el reclamo de los pueblos indígenas al derecho humano al agua y otros recursos naturales.

En los últimos cincuenta años se ha visto la aparición de un cuerpo de ley internacional de derechos humanos aplicable a los derechos de los pueblos indígenas. En 1948 la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos tomó el primer paso al aceptar el artículo 39 de la Carta Interamericana de Garantías Sociales.¹ La Carta requiere a los estados americanos tomar “‘medidas necesarias’ para proteger las vidas y propiedades de los pueblos indígenas, ‘defendiéndoles de la exterminación, protegiéndoles de la opresión y explotación.’”² A partir de este reconocimiento regional de los derechos indígenas en 1948, varios acuerdos multilaterales y bilaterales se han adoptado con el propósito de proteger a los derechos de estos pueblos.

Uno de los acuerdos más importantes es la Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (I.L.O. No. 169.) El tema base de I.L.O. No. 169 se manifestó en el preámbulo de la convención, el cual reconoce “las aspiraciones de estos pueblos [indígenas] 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.”³ El docente James Anaya explica que “[b]ajo esta premisa, la convención incluye provisiones que avanzan la integridad cultural, derecho a la tierra y recursos naturales y

¹ Ver S. James Anaya & Robert A. Williams, *The Protection of Indigenous Peoples' Rights Over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System*, 14 Harv. Hum. Rts. J. 33 (2001).

² *Id.* en 33, citando a La Carta Interamericana Garantías Sociales, en el Art. 39 (1948), reimpresso en la Encyclopedia of the United Nations and International Relations 432, 433 (Edmund Jan Omanczyk ed., 1990).

³ I.L.O. No. 169, Preambulo, para. 5.

la no-discriminación en las esferas del bienestar social de los pueblos indígenas; y en general demanda a los estados el respeto a las aspiraciones de los pueblos indígenas en toda decisión que les afecta.⁴

Varias otras convenciones internacionales relacionadas principalmente a los derechos humanos o, recientemente, a la protección del medio ambiente son fuentes potenciales de derechos indígenas con relación a la tierra y recursos, calidad del medio ambiente, subsistencia, discriminación racial y cultural, y la auto-determinación o participación en la toma de decisiones. Esto se analiza en la siguiente sección. Algunos tribunales internacionales encargados de ejecutar acuerdos internacionales y las cortes de ciertos países han fallado en pro de la aplicación de estas leyes internacionales para la protección de los intereses de los pueblos indígenas. Sin embargo, ninguna corte ha extendido el alcance de la ley internacional a la protección del acceso al agua por pueblos indígenas. Aun así la posibilidad de tales demandas se desarrolla en esta publicación.

B. Ley internacional informal o costumbre internacional

Además de los acuerdos formales y obligatorios, las naciones del mundo han aceptado una variedad de normas con posible aplicación a los derechos indígenas al agua. Por ejemplo, la “Agenda 21” adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo de 1992 en Río de Janeiro, provee un conjunto de estándares para los países en el uso y conservación de los recursos naturales. Casi la totalidad de las naciones del mundo han aceptado estos estándares. Un estándar requiere “acuerdos para intensificar la participación activa de las poblaciones indígenas y sus comunidades en la formulación de políticas, leyes y programas relacionados con la ordenación de los recursos en el plano nacional...”

Pero no todas las fuentes discutidas en esta publicación han sido adoptadas por cada país o si quiera los países vistos por los estudios de WALIR. Algunos son apenas documentos en borrador que aun no han sido presentados a las Naciones Unidas u otra organización internacional para su consideración. Aun así, siguen siendo fuentes de mucha ayuda para poder encontrar las normas que deben guiar la conducta internacional hacia los pueblos indígenas. El Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia indica que las costumbres están entre las fuentes primarias de ley internacional:

La Corte, cuya función es tomar decisiones sobre disputas que le son sometidas en concordancia con la ley internacional, aplicará:

1. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, estableciendo reglas expresamente reconocidas por los estados contestatarios;
2. las costumbres internacionales, como evidencia de una práctica general aceptada por ley;
3. los principios generales de la ley reconocidos por las naciones civilizadas;
4. sujeta a las provisiones del Artículo 59, las decisiones jurídicas y las enseñanzas de los publicistas de máxima calificación de las varias naciones como fuente subsidiaria para la determinación de las reglas de ley.

Las costumbres internacionales, incluidas en el inciso 2, existen donde haya un consenso entre los estados con respeto a las prácticas y normas legales sobre un tema particular. Si existe un entendimiento común, los estados pueden esperar que otros

⁴ S. James Anaya, *Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law*, 8 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 1, 48 (1991).

estados actúen en conformidad con el consenso general. Se puede argüir que tal consenso existe actualmente para los derechos de los pueblos indígenas:

[E]s evidente que los pueblos indígenas han logrado un nivel apreciable de preocupación internacional en pro de sus intereses, y que existe un movimiento apreciable hacia una convergencia de opinión internacional sobre el contenido de los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo los derechos sobre las tierras y los recursos naturales. El desarrollo hacia un consenso sobre el contenido de los derechos indígenas simultáneamente levanta las expectativas que los derechos se sostengan, a pesar de que no haya un acto formal de aprobación a una norma articulada.⁵

Basándose en gran parte del contenido de las convenciones y costumbres sobre los derechos humanos internacionales, John Alan Cohan argumenta que “la comunidad internacional ahora considera que los pueblos indígenas tienen derechos medioambientales que suben al nivel de normas internacionales” y que “... porque la manera de vivir y la existencia de los pueblos indígenas depende de su relación con la tierra, sus derechos humanos no son extraíbles de sus derechos medioambientales...” Estos derechos medioambientales pueden incluir “el derecho de los pueblos indígenas de controlar su tierra y otros recursos naturales... de mantener su manera tradicional de vivir.”⁶

Como provee el párrafo número 3 del Artículo 38, los principios generales de la ley doméstica de los países pueden constituir una costumbre internacional. Sin embargo, esto no es una fuente abundante de principios generales aplicables para los derechos indígenas al agua. Solamente “algunos pocos países, entre ellos los Estados Unidos, han llevado a cabo esfuerzos sustanciosos para proteger la herencia de las poblaciones indígenas.”⁷ En los Estados Unidos, esta protección incluye el derecho a cantidades adecuadas de agua.⁸

Las agencias internacionales de desarrollo también tienen incorporado a los derechos indígenas dentro de sus planes de acción. Estas proveen una demostración adelantada que los derechos han sido aceptados como normas internacionales.

Las críticas al Banco Mundial causaron la adopción de requisitos especiales para los proyectos que afectan a los pueblos indígenas. Las Políticas Operativas 4.10 dicen “[p]or consiguiente, en los proyectos asistidos por el Banco que afecten a los pueblos indígenas, el Prestatario deberá tomar en consideración los derechos individuales y colectivos indígenas para el uso y desarrollo de las tierras que ocupan, para tener acceso no interrumpido a aquellos recursos que les son esenciales para subsistir, y para la sostenibilidad de sus culturas y desarrollo futuro.”⁹ Aunque estas provisiones toman nota de la importancia de las tierras y recursos indígenas, las provisiones no demandan el

⁵ Anaya & Williams, en 55

⁶ John Alan Cohan, *Environmental Rights of Indigenous Peoples Under the Alien Tort Claims Act, the Public Trust Doctrine and Corporate Ethics, and Environmental Dispute Resolution*, 20 UCLA J. ENVTL. L. & POL’Y 133, 154 (2001).

⁷ John Alan Cohan, *Environmental Rights of Indigenous Peoples Under the Alien Tort Claims Act, the Public Trust Doctrine and Corporate Ethics, and Environmental Dispute Resolution*, 20 UCLA J. ENVTL. L. & POL’Y 133, 154 (2001).

⁸ David H. Getches, *Indigenous Rights and Interests in Water Under United States Law*.

⁹ Banco Mundial, *Políticas Operativas de los pueblos indígenas*, 4.10, Para. 12.

reconocimiento de los intereses indígenas en recursos y solo requieren al prestatario “tener en cuenta” tales derechos.¹⁰

. Las Políticas Operativas 4.20 proveen mas específicamente que “el prestatario deberá preparar un plan de desarrollo para pueblos indígenas” y asegurar que los pueblos indígenas no sufran efectos adversos de los proyectos financiados por el Banco.¹¹ Sin embargo, las investigaciones tanto por partes internas como por revistas independientes conducidas para averiguar como el banco ha implementado las políticas operativas 4.20, revelaron que el directivo se aplicó en menos de la mitad de los proyectos y que la conformidad era débil, variable y parcial. Aunque las directivas del banco sobre los pueblos indígenas incluyen delineamientos y verificaciones muy detalladas, ellos no tienen provisiones para la reparación, discusión de resoluciones y compensación.¹² No obstante, las directivas podrían servir como norma para otros agencias internacionales que patrocinan proyectos en tierras indígenas.

C. Imposición de la ley internacional

1. Tribunales internacionales

Si asumieramos que los acuerdos y normas internacionales incluyen protecciones que se invocaran para el apoyo a las demandas indígenas con relación al agua, aun así puede ser difícil encontrar un foro que oiga el reclamo. El docente Robert Williams escribe que “la Corte Internacional de Justicia y muchos otros foros de ley internacional más efectivos y de altos perfiles están solo a disposición de los estados – un término que bajo las concepciones actuales de la ley internacional no incluye a los pueblos indígenas.”¹³

Existen algunos tribunales que han sido creados para llevar acabo acuerdos de protección a los derechos humanos y permiten a los individuos y grupos llevarles demandas. Esto incluye el Comité sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entidades similares, tales como la Comisión Interamericana sobre los Derechos Humanos, existen para imponer e interpretar los acuerdos regionales. La primera decisión de estos cuerpos es si un reclamo es admisible de acuerdo a la protección de los instrumentos relevantes y las reglas bajo las cuales operan. No es siempre posible que un reclamo sea oído por estos, pero los pueblos indígenas han tenido éxito en ganarse acceso para perseguir sus demandas a los recursos naturales en un número de casos recientes.¹⁴ En Julio de 2002, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos tomó un paso sustancial cuando publicó la conclusión de que los Estados Unidos infringió los derechos

¹⁰ Fergus MacKay, *Universal Rights or a Universe Unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples*, 17 AM. U. Int'l. Rev. 527, 589-90 (2002).

¹¹ Banco Mundial, Políticas Operativas de los pueblos indígenas 4.20, Para 13.

¹² Tom Griffiths, *Indigenous Peoples, Human Rights and Development Agency Standards: A Comparative Review*, A Forest Peoples Programme Briefing Paper, 40-42, (March 2003).

¹³ Robert A. Williams, Jr., *Encounters on the Frontiers of International Human Rights Law: Redefining the Terms of Indigenous Peoples' Survival in the World*, 1990 Duke L.J. 660, 695-96 (1990).

¹⁴ Maura Mullen de Bolivar, *A Comparison of Protecting The Environmental Interests Of Latin-American Indigenous Communities From Transnational Corporations Under International Human Rights and Environmental Law*, 8 J. Transnational L. & Pol'y 105 (1998).

humanos al privar a los indígenas de Shoshone de sus tierras ancestrales.¹⁵ Sin embargo, tales acciones se limitan a aconsejar lo cual se demuestra por la reacción de los Estados Unidos cuando el departamento del interior rechazó las conclusiones de la comisión debido a que las demandas fracasadas de las hermanas Dann se litigaron hacia su finalidad en los tribunales estadounidenses.

2. Cortes Domésticas

Las cortes nacionales y los tribunales administrativos pueden también aplicar la ley internacional. Por lo tanto, la utilidad de los acuerdos y normas internacionales para los pueblos indígenas varía entre países de acuerdo al grado que sus cortes aceptan la ley internacional como una fuente de bases de decisiones. Esta aceptación está particularmente limitada en las cortes de los Estados Unidos. Los EE.UU. no ha ratificado muchos acuerdos potencialmente aplicables. Así mismo, las cortes de este país raramente aplica la ley internacional aun cuando haya suscrito a los instrumentos particulares.

En el transcurso de los últimos 200 años, los jueces de los EE.UU. han desarrollado una serie de reglas y prácticas que minimizan el rol de la ley internacional en la litigación doméstica. Considerándolos colectivamente, estas reglas y prácticas consisten en un provincialismo minucioso y enraizado – una animosidad institucional, casi reflexiva, hacia la aplicación de la ley internacional en las cortes de los EE.UU. Como consecuencia, la ley internacional casi no juega parte en la práctica jurídica de los Estados Unidos. Raramente se menciona en los casos americanos y casi nunca provee la base de la decisión sobre el cual torna el juicio.¹⁶

Las cortes de otras naciones son más amistosas a las demandas traídas bajo ley internacional. En esta publicación, se analizan varias decisiones de cortes domésticas que imponen ley internacional.

3. Asuntos de libre comercio

Han emergido tratados y tribunales especiales para asegurar el libre comercio, creándose un cuerpo de ley internacional separado y actualmente muy influyente. Esto levanta preocupación colateral sobre la imposición de ley internacional para proteger los derechos indígenas a los recursos naturales cuando al hacerse inhibiría al comercio e inversiones internacionales. Algunas de las cortes especiales de comercio interpretan los tratados bilaterales y multilaterales elevando el libre comercio encima de otros valores e intereses. Así, por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio ha sido reacia en permitir a los signatarios del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio adaptar medidas que creen necesarias para proteger especies cubiertas por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas si es que estas inhiben el libre comercio.¹⁷

¹⁵ Inbal Sansani, *American Indian Land Rights in the Inter-American System: Dann v. United States*, 10-WTR HUMRT 2, 1 (2003).

¹⁶ McFadden, 1995 81:5

¹⁷ *General Agreement on Tariffs and Trade: Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna*, 30 I.L.M. 1594 (1991) (concluding that US prohibitions on imported tuna from Mexico that is not dolphin-friendly and the prohibitions of the Marine Mammal Protection Act are contrary to Article XI:1 of GATT and are not justified by Article XX(b) and Article XX (g)); *General Agreement on Tariffs and Trade: Dispute Settlement Panel Report on United States Restrictions on Imports of Tuna*, 33

Si un país intenta limitar la importación de bienes debido a que la manera de su producción daña a los derechos indígenas, ¿permitirá el OMC u otro cuerpo similar tal restricción? Aunque aún no se ha visto esta confrontación, es posible que el OMC y otras entidades, tales como los tribunales imponiendo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y similares tratados, subordinan los intereses y derechos de los pueblos indígenas a la promoción del libre comercio. A menudo esto ha sido norma en los casos donde los estados han intentado restringir la importación de bienes producidos en maneras que violaron las leyes nacionales de medio ambiente. Estos tratados de comercios han dicho representar “una falta de equilibrio entre la protección de intereses privados y la necesidad de promover y proteger el bienestar público.”¹⁸ Por esta razón, puede que los pueblos indígenas no prevalezcan cuando sus derechos bajo ley internacional estén en conflicto con los intereses de libre comercio.

Los conflictos entre los derechos indígenas y el libre comercio pueden venirse por otras razones. Por ejemplo, una empresa internacional puede invertir en el desarrollo y transferencia de agua causando daño a las culturas y economías internacionales. Si un gobierno nacional intenta restringir el desarrollo hídrico – particularmente si ocurre posterior a una concesión inicial de captación de agua – una corte de comercio puede verlo como una expropiación en conflicto con los principios de libre comercio protegiendo las inversiones internacionales. Esto daría a la empresa el derecho a la compensación.

Sería aconsejable a los pueblos indígenas y sus aliados tomar la iniciativa y utilizar el régimen de libre comercio como un vehículo para imponer sus derechos. Algunas naciones nativas de Canadá junto a varios grupos medioambientales han intentado un experimento en el uso afirmativo de ley comercial. Junto a los Estados Unidos, ellos han llevado una queja ante la OMC afirmando que las exportaciones canadienses de madera se subsidian efectivamente por la no compensación ni consideración de los intereses de los pueblos indígenas en la madera cortada de sus tierras originales.¹⁹ Si Canadá respetara los derechos económicos y culturales de los pueblos indígenas, cuyas tierras originales han sido cosechadas, el precio de la madera sería más alto. Por lo tanto, la indiferencia a los derechos tribales a la tierra y los recursos naturales resultan en un precio injusto para la madera y esto permite a los países importadores imponer una tarifa. Hasta Mayo del 2003, la OMC no había decidido el caso todavía. Es

I.L.M. 839 (1994) (concluding that US import restrictions on tuna are inconsistent with the GATT prohibition on quantitative restrictions); *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R (1998) (concluding that the US import prohibitions of shrimp products harvested with fishing technology that adversely affects sea turtles are not justified under Article XX of the GATT 1994).

¹⁸ Miguel Solanes, *Water: Rights, Flexibility and Governance: A Balance that Matters?*, Paper presented at conference *Allocating and Managing Water for a Sustainable Future: Lessons From Around the World*. Boulder, CO: Natural Resources Law Center, University of Colorado School of Law, 2002.

¹⁹ Petition for the Imposition of Countervailing Duties Pursuant to Section 701 of the Tariff Act of 1930, International Trade Administration, Investigation C-122-839, submitted by the Natural Resources Defense Council, Defenders of Wildlife, Northwest Ecosystem Alliance, Grand Council of the Cree (Eeyou Istchee) and Interior Alliance (Nlaka'pamux Nation, Okanagan Nation, Secwepemc Nation, St'at'imc Nation, and Southern Carrier Nation) (May 10, 2001). The U.S. added land tenure to its claim against Canada for permission to impose duties on Canadian timber. Notice of Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Final Negative Critical Circumstances Determination: Certain Softwood Lumber Products from Canada, 67 Fed. Reg. 15,545 (April 2, 2002).

posible, claro, que el tribunal, al existir para un solo propósito, ignore las protecciones de los pueblos indígenas derivadas de otros tratados internacionales al calcular los subsidios. Aun así, el uso afirmativo de la ley comercial para imponer los derechos indígenas a los recursos puede tornarse una opción para los pueblos afectados por la explotación en sus territorios sin consentimiento o compensación si es que resulta en la exportación de productos.²⁰

III. Tipos de demandas de derechos indígenas al agua bajo la ley internacional

Los varios acuerdos internacionales y fuentes potenciales de costumbre internacional que podrían ser fuentes de derechos indígenas al agua se pueden dividir en categorías aproximadas correspondientes a los tipos de demandas que los pueblos indígenas pueden afirmar cuando quedan privados del acceso al agua. Algunos acuerdos y normas apoyan las demandas que se ajustan dentro de varias categorías.

A. Protecciones para las tierras y recursos indígenas

Debido a que las poblaciones indígenas se atan inextricablemente a sus tierras para su sustento, identidad cultural y espiritualidad sus demandas para el reconocimiento de sus derechos a la tierra tienen relación colindante a las demandas de protección de derechos humanos.²¹ Los tratados internacionales medioambientales también apoyan a los derechos indígenas a la tierra y recursos.

Al hablarse de derechos indígenas a la tierra es importante clarificar dos puntos. Primero, los derechos a la tierra incluyen el agua. Las fuentes de ley internacional no son siempre son explícitos en cuanto a esto pero varios instrumentos, incluyendo declaraciones saliendo de conferencias internacionales, establecen la conexión entre tierra y agua. La Declaración de Principios para la Defensa de Naciones y Pueblos Indígenas de Hemisferio Occidental fue desarrollada y circulada por participantes indígenas de la Conferencia de Organización No-gubernamental Sobre la Discriminación en Contra de las Poblaciones Indígenas, Ginebra, 1977. Este indicó en el Artículo 10 que “[l]os derechos a la tierra de los pueblos indígenas incluyen... derechos completos y aguas interiores y costales.” El Artículo 11 indica que:

²⁰ *Vea* Russel Lawrence Barsh, *A Social Theory of Fair Trade, with Special Reference to Indigenous Peoples*, 96 Am. Soc’y Int’l L. Proc. 279 (2002).

²¹ *Vea* Raizda Torres, 16 Yale J. Int’l L. 127(1991); **Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, Report of the Working Group on Indigenous Populations on its Third Session**, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/ 1984/20, p. 27 (1984) (“[s]e expresó el idea por parte de todos los observadores de poblaciones indígenas que asistieron a la reunión que la preservación de la vida y cultura de las poblaciones indígenas estaba indisolublemente ligada a sus tierras y recursos naturales . . . La restauración de al menos una parte de su base de tierra a las comunidades indígenas se consideró no solo representaba una compensación necesaria por años de opresión, pero además como la única base para asegurar el futuro de las poblaciones indígenas.”); James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law* 105 (1996), *citando* Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Dec. 16, 1966, G.A. Res. 2200(XXI), art. 1(2), 999 U.N.T.S. 171 (entró en vigencia Mar. 23, 1976) y **Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, Dic. 16, 1966, G.A. Res. 2200(XXI), art. 1(2), 993 U.N.T.S. 3 (entró en vigencia Ene. 3, 1976) (“Con relevancia a las demandas indígenas a la tierra está la provision de auto-determinación, comun a ambos pactos internacionales de derechos humanos, el cual afirma: ‘En ningún caso se privará un pueblo de sus propios medios de subsistencia.’”)

Será ilegal para cualquier estado el hacer o permitir cualquier acción o curso de conducta con respeto a los territorios de una nación o grupo indígena mediante los efectos de polución de tierra, aire, agua o que en cualquier manera disminuye, desplaza o destruye cualesquier recursos naturales u otros recursos bajo el dominio de, o vital para la vivencia de una nación o grupo indígena.

El segundo punto es que los derechos a la tierra de los pueblos indígenas no se limitan solamente a los derechos de propiedad. Estos extienden al uso y ocupación de tierras y recursos. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos²² también reconoce los derechos de los pueblos indígenas a la tierra y recursos que no derivan del reconocimiento estatal formal, pero de uso y ocupación tradicional.²³ Este entendimiento se basa en gran parte sobre la realización que “[c]iertos pueblos indígenas mantienen una relación especial con sus tierras tradicionales, y una dependencia estrecha a los recursos naturales que se encuentran en estas – cuyo respeto es esencial para su sobre vivencia física y cultural.”²⁴ MacKay observa que:

De acuerdo a la CIADH, los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad, incluyendo la propiedad privada, se derivan de sus propias formas de tenencia de tierra, ocupación tradicional, y existen en ausencia a un reconocimiento formal del estado. Esto es consistente a la jurisprudencia sobre títulos aborígenes en la mayoría de los estados sujetos a “common law” y los instrumentos internacionales en general. La CIADH ha relacionado los derechos territoriales en un número de ocasiones a la integridad cultural, por lo tanto reconociendo la conexión fundamental entre la tenencia indígena de tierras y seguridad de recursos y el derecho de practicar, desarrollar y transmitir su cultura libre de interferencia injustificable. En 1997, por ejemplo, la CIADH expresó que: para muchas culturas indígenas, la utilización continuada de sistemas tradicionales colectivas para el control y uso de territorio es esencial para su supervivencia, así como su bienestar individual y colectivo. El control de la tierra se refiere tanto a la capacidad de este de proveer los recursos para sostener la vida, y “el espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo.”²⁵

Los tratados para derechos humanos incluyen fuertes protecciones para derechos indígenas a la tierra. El Artículo 3 de I.L.O No. 169 provee que los pueblos indígenas y tribales gozaran de la totalidad de derechos humanos los cuales, por su cuenta, incluyen derechos al uso de la tierra. Las provisiones para los derechos a la tierra de I.L.O No. 169 están enmarcados por el Artículo 13 el cual se refiere a tierras o territorios que “ocupan o utilizan de alguna otra manera.” Este artículo también dice “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 manara.” Los derechos posesorios de los pueblos nativos deben ser protegidos. El Artículo 14 enuncia:

²² De los países vistos en los estudios de WALIR, la convención ha sido ratificada por Argentina (1984), Bolivia (1979), Chile (1990), y Perú (1978).

²³ Fergus MacKay, *Universal Rights or a Universe Unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples*, 17 Am. U. Int'l L. Rev. 527, (2002).

²⁴ Martin Wagner, *The International Legal Rights of Indigenous Peoples Affected by Natural Resource Exploitation: A Brief Case Study*, 24 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 491, 497 (2001).

²⁵ MacKay *supra* nota 10, en 598-99

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.

Estos derechos incluyen “el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” Finalmente, la convención requiere a los estados proveer penalidades a la intrusión o uso no autorizado de estas tierras indígenas.

La convención sólo vincula a los estados signatarios²⁶ pero su impacto puede extenderse mas lejos. Un comentarista distinguido argumenta que, “[e]n adición a la creación de vínculos de tratados entre estados ratificantes, la Convención No. 169 es propiamente vista como un cuerpo de costumbre internacional nuevo y aún en desarrollo.”²⁷ Por lo tanto, se haya o no firmado el Convenio No. 169, un país podría encontrarse vinculado a la costumbre internacional de reconocer los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad en recursos naturales que tradicionalmente han usado.

Los derechos indígenas a la tierra y sus recursos están también protegidos por varios instrumentos de derechos humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA).²⁸ La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1978 es vinculante a los estados signatarios de la OEA. Aunque la Convención no hace mención específica de los pueblos indígenas, incluye “provisiones generales de derechos humanos que protegen la tenencia de tierras y recursos tradicionales indígenas” incluyendo “provisiones que sostienen explícitamente los derechos a la propiedad...”²⁹ Este instrumento ha provisto uno de los raros ejemplos donde las garantías de una convención internacional se han aplicado para vindicar los derechos indígenas a los recursos naturales.

La comunidad Awas Tingni ha utilizado exitosamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para defender sus tierras tradicionales en la región de la costa atlántica de Nicaragua.³⁰ A pesar de que la ley nicaragüense reconocía en general que los pueblos indígenas tenían ciertos derechos a las tierras que tradicionalmente usan y ocupan, no reconocía la propiedad indígena de la tierra y consideraba estas tierras sin título como tierras estatales. El gobierno nicaragüense otorgó

²⁶ Tres de los países vistos en los estudios de WALIR han ratificado al I.L.O. No 169: Argentina (2000), Bolivia (1991) y Perú (1978)

²⁷ S. James Anaya, *Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law*, 8 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 1, 8 (1991).

²⁸ O.E.A. Serie de Tratados No. 36, 1144 U.N.T.S. 123, July 18, 1976. La Convención se ratificó por Argentina (1984), Bolivia (1979), Chile (1990) y Perú (1978).

²⁹ Anaya & Williams, en 41.

³⁰ *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community contra Nicaragua*, Caso 11.555, (ser. C) no. 79 (Ago. 31, 2001).

a una empresa extranjera derechos a construir caminos y explotar madera en tierras tradicionales de los Awas Tingni.

La comunidad Awas Tingni presentó una petición con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos buscando título formal de las tierras y recursos comunales. Finalmente, la Corte interamericana consideró el caso y entregó su juicio en el año 2001. La corte concluyó que la Declaración Americana incluye el derecho de los pueblos indígenas de poseer sus tierras y recursos habituales bajo la protección de los gobiernos domésticos. La corte resolvió que Nicaragua “violó el derecho a la propiedad consagrado en el Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayangna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención. . . .”³¹ Mando que Nicaragua debía “delimitar, demarcar y titular” para las tierras Awas Tingni y hacerlo “acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas . . .” Esta decisión ejemplifica la posibilidad de invocar las protecciones de derechos individuales hallados en los instrumentos internacionales de derechos humanos para sostener los derechos colectivos a la tierra y recursos de pueblos indígenas cuando estos son ignorados por la ley doméstica.

Un anterior instrumento de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, fue aceptado en 1948. La Declaración Americana es “el instrumento principal para determinar los derechos sustantivos aplicables para aquellos países [de la OEA no signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos] en procedimientos delante de la [Corte Interamericana].”³² Al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana no hace mención específica de los pueblos indígenas sino más bien provee provisiones generales de los derechos humanos sosteniendo el derecho a la propiedad y otros derechos básicos de los individuos. El mismo principio adoptado por la Corte en el caso Awas Tingni extendería los derechos individuales contenidos en la declaración para asegurar los derechos colectivos basados en la ocupación y uso habitual.

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333^a. Durante su 95º Periodo Ordinario de Sesiones. El Artículo XVI provee que la ley indígena debe ser una parte integral del sistema legal de una nación y el Artículo XVII provee que las prácticas indígenas serán incluidas en las estructuras organizacionales nacionales. Sigue entonces que la tenencia tradicional de tierra y recursos debe ser reconocida por los gobiernos nacionales. Anaya y Williams argumentan que:

El excluir los regímenes propietarios indígenas de las propiedades protegidas por la Convención Americana y la Declaración Americana perpetuaría la larga historia de discriminación en contra de los pueblos indígenas. Tal aplicación discriminatoria del derecho a la propiedad estaría en lucha con el principio de no-discriminación que es parte fundamental del sistema Interamericano de derechos humanos.³³

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia del 31 de Agosto de 2001, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 79 (2001) .

³² Anaya & Williams, en 41.

³³ Anaya & Williams, 14 Harv. Hum. Rts. J. en 43.

Debe notarse que los pueblos indígenas pueden tener dificultades protegiendo sus derechos propietarios a las tierras y recursos naturales si la extensión de las mismas se desconoce. Por esta razón, hace tiempo que la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos citó a los derechos de los pueblos indígenas bajo la Declaración Americana para apoyar su decisión que Brasil debe demarcar las tierras del pueblo Yanomami.³⁴ Las leyes de Brasil reconocen los derechos de las comunidades indígenas de poseer tierras que ocuparon tradicionalmente y les dieron el uso exclusivo de los recursos naturales dentro de esas tierras. Sin embargo, cuando el gobierno empezó un programa de construcción de carreteras y permitió la minería a gran escala, la ocupación y desarrollo de tierras en áreas de los Yanomami causó profundo daño social, económico, cultural y medioambiental a la gente y a la tierra. Los Yanomami tuvieron conflictos violentos con mineros y en algunos casos los trabajadores de las carreteras y los mineros ahuyentaron a los indígenas de sus aldeas. Sin la demarcación del territorio Yanomami su derecho de proteger tierras y recursos de la ocupación o explotación ilegal por personas ajenas sería en su mayor parte teoría.

La demarcación se torna importante cuando personas ajenas compiten por los derechos a tierras, aguas y otros recursos de los indígenas. Pero si la demarcación no ocurre hasta ese momento, las fuerzas políticas y económicas en oposición a los derechos indígenas tienen más probabilidades de utilizar todo su poder para impedir el reconocimiento total por el gobierno de esos derechos. Si un gobierno ya otorgó derechos a la explotación de tierras indígenas a otros, como en el caso *Awas Tingni*, la falta de demarcación hace más difícil que el pueblo indígena pueda hacer frente a la acción del gobierno. Por lo tanto, es beneficioso para los grupos indígenas que la extensión de sus territorios tradicionales sea determinada antes que busquen la explotación de sus recursos.

B. Protección del Medio ambiente

Tres tipos de tratados y normas internacionales tienen el potencial de proteger los derechos indígenas a la calidad de medio ambiente relacionados al uso y control del agua. El derecho a la protección del medio ambiente está implícito en los instrumentos internacionales que reconocen los derechos indígenas a la tierra como los que se analizaron en la sección anterior. Segundo, los derechos del medio ambiente se pueden derivar a partir de garantías de los derechos humanos. Dado que el modo de vivir y la misma existencia de los pueblos indígenas usualmente depende de su relación con la tierra, sus derechos humanos son inextricables de sus derechos al medio ambiente. Por lo tanto, los instrumentos de derechos humanos son una fuente de derechos a la protección del medio ambiente que se extenderían a los recursos hídricos. Finalmente, la emergencia de ley internacional protegiendo al medio ambiente tiene un significado especial para los pueblos indígenas. Cuando se consideran en conjunto a estas protecciones es razonable concluir que la comunidad internacional ahora considera que los pueblos indígenas tienen derechos medioambientales que alcanzan al status de normas internacionales.³⁵ Estas normas proveen apoyo a los derechos de los pueblos indígenas de proteger, usar y administrar recursos hídricos.

³⁴ *Yanomami vs. Brazil*, Caso 7615, Resolución No. 12/85, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 5 de Marzo de 1985.

³⁵ Cohan, *supra* en 154

Uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas es I.L.O. No 169. El Artículo 15 y párrafo 4 del Artículo 7 requiere a los estados salvaguardar los derechos indígenas a los recursos medioambientales y naturales de tierras indígenas. El Artículo 7 requiere a los gobiernos “tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.” Y el Artículo 15 provee que, “[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente.”

El primer tratado mayor internacional específicamente para el medio ambiente fue la Declaración de Estocolmo emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972. En el Principio 5, esta declaración reconoció que “[l]os recursos no renovables de la Tierra deben emplearse de forma que se evite el peligro de su futuro agotamiento y se asegure que toda la humanidad comparte los beneficios de tal empleo.” Aunque no trató específicamente a los derechos de los pueblos indígenas la declaración puede leerse para implicar que los pueblos indígenas tienen el derecho a una parte equitativa de las aguas de un estado.

En 1992, la comunidad medioambiental internacional adoptó la Declaración del Río reafirmando y actualizando los principios que se proclamaron en la Declaración de Estocolmo; se llegó a un nuevo consenso con respeto a las políticas medioambientales internacionales para la protección del ecosistema y diversidad biológica mundial.³⁶ El Principio 22 de la declaración reconoce que: “los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción. (DG: This principle is totally different than the English principle.” Además, “los principios del Río reflejan una evolución en el reconocimiento de la naturaleza única e importante de los problemas medioambientales enfrentados por los grupos y comunidades indígenas.”³⁷

La Agenda 21, también adoptada en la Conferencia de Río de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en 1992, fue “esencialmente un plan de acción para llevar a cabo los principios de la Declaración del Río. . .”³⁸ El Capítulo 26.1 del tratado trata con el rol de los pueblos indígenas y sus comunidades:

Las poblaciones indígenas y sus comunidades han establecido una relación histórica con sus tierras y suelen ser, en general, descendientes de los habitantes originales de esas tierras. En el contexto del presente capítulo, se sobrentiende que el término “tierras” abarca el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente. . . . Las poblaciones indígenas y sus comunidades habrán de disfrutar a plenitud de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin trabas ni discriminación. Su posibilidad de participar plenamente en las prácticas de desarrollo sostenible en sus tierras ha tendido a verse limitada como resultado de factores de índole económica, social e histórica.

³⁶ Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), *reimpreso* en 31 I.L.M. 876 (1992).

³⁷ Martin A. Geer, *Foreigners in Their Own Land: Cultural Land and Transnational Corporations – Emergent International Rights and Wrongs*, 38 Va. J. Int'l L. 331, 382 (1998).

³⁸ Geer en 383.

Habida cuenta de la relación recíproca existente entre el medio natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económica y físico de las poblaciones indígenas, en las actividades nacionales e internacionales encaminadas a lograr un desarrollo ecológicamente racional y sostenible se debería reconocer, promover y fortalecer el papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades, y darle cabida.

El Capítulo 26.3 de la Agenda 21 también pide el “[r]econocimiento de que las tierras de las poblaciones indígenas y sus comunidades deben estar protegidas contra actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que la población indígena de que se trata considere improcedentes desde los puntos de vista social o cultural..” Al reconocer que “la dependencia tradicional y directa de los recursos renovables, incluido el aprovechamiento sostenible, sigue siendo esencial al bienestar cultural, económico y físico de las poblaciones indígenas y de sus comunidades” la Agenda 21 apoyaría los derechos de los pueblos indígenas al agua necesaria para sostener su cultura original.

El Capítulo 26.4 de la Agenda 21 reconoce la importancia cultural de los controles medioambientales indígenas: “Tal vez sea menester que algunas poblaciones indígenas y sus comunidades, de conformidad con la legislación nacional, tengan un mayor control sobre sus tierras, se encarguen de la ordenación de sus propios recursos, participen en la adopción de decisiones relativas al desarrollo que les afecten y, cuando proceda, en el establecimiento o la ordenación de zonas protegidas. .”

El Convenio sobre la Diversidad Biológica es otro instrumento adoptado por casi todas las naciones del mundo en la Conferencia del Río en 1992. Su interés en los pueblos indígenas se dirigía de gran manera a la protección de su propiedad de recursos biológicos. Sin embargo, un escritor argumenta que la convención podría asistir a los pueblos indígenas, al menos indirectamente, en resistir la construcción de represas dañina al medio ambiente en sus territorios. Él cita a un juicio análogo de 1995 en el cual los planes de construir un camino pavimentado en áreas silvestres dentro del Parque Nacional Daisetzuzan rompería la obligación del gobierno japonés de “no destruir la biodiversidad” bajo el Convenio sobre la Diversidad Biológica.³⁹

La Conferencia del Río se esforzó en equilibrar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente y al mismo tiempo respetar la soberanía de los estados. Por lo tanto, los compromisos internacionales que salieron de la conferencia resaltaron la autonomía de los estados en la toma de decisiones sobre el desarrollo. El Principio 2 de la Declaración del Río (en lenguaje similar al Principio 21 de la Declaración de Estocolmo) dice que:

los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

³⁹ Morihiro Ichikawa, “Protection of Ecological and Cultural Values of Watersheds Under the Convention on Biological Diversity and the International Covenant on Civil and Political Rights,” Publicación presentada en la conferencia *Allocating and Managing Water for a Sustainable Future: Lessons From Around the World*. Boulder, CO: Natural Resources Law Center, University of Colorado School of Law, 2002.

Esta conclusión podría limitar las demandas que buscan aplicar la ley internacional para la protección de los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales, incluyendo el agua. Sin embargo, se puede argumentar que el enunciado general en el Principio 2 está subordinado a las protecciones específicas de los derechos de los pueblos indígenas en los Principios 10, 22 y 23.

C. Derechos a la Subsistencia

Varios instrumentos internacionales sobre los derechos humanos y civiles protegen los derechos de las personas de buscar y adquirir la subsistencia básica. Dado que el acceso al agua es vitalmente importante para la búsqueda de la subsistencia en la mayoría de los pueblos indígenas, estos instrumentos son otra fuente de derechos al uso y control de recursos hídricos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰ (ICCPR) indica en el Artículo 1 sección 2 que un pueblo no puede ser privado de su propia manera de subsistencia, y en el Artículo 27 que “minorías étnicas . . . no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural . . .” El Comité de Derechos Humanos se estableció para determinar quejas bajo el ICCPR. Las decisiones del comité reconocen amplias protecciones para los usos tradicionales de recursos naturales porque:

la subsistencia de los pueblos indígenas y otras actividades económicas tradicionales son una parte íntegra de su cultura, y la interferencia de tales actividades puede ser de perjuicio para su integridad y supervivencia cultural. Por necesidad, la tierra, base de recursos y el medio ambiente del mismo también requieren protección para que las actividades de subsistencia estén salvaguardadas. . . . [Por lo tanto, el comité indicó que] “se deben tomar los pasos necesarios para restaurar y proteger los títulos e intereses de las personas indígenas en sus tierras nativas” y que “el asegurar la continuidad y sostén de formas tradicionales de economía de las minorías indígenas (casa, pesca y cosecha), y la protección de lugares de significado religioso o cultural para tales minorías . . . deben ser protegidos bajo el Artículo 27.”⁴¹

Aparentemente existen por lo menos dos limitaciones para protecciones potenciales a los derechos al agua bajo el Artículo 27. Una es que la actividad debería ser una actividad tradicional cultural y no el uso al agua para el desarrollo económico moderno. La otra es que el impacto a la cultura debería ser significativa e incidental o menor.

Un caso decidido por el comité en 1996 ilustra la aplicabilidad, y los límites, del Artículo 27. En *Länsman contra Finlandia* pastores de renos de la etnia Sámi en el norte de Finlandia desafiaron los planes que el gobierno nacional tenía para permitir la tala de árboles y construcción de caminos en un área de 3000 hectáreas usado por el Comité de Pastores Muotkatunturi para pastoreo en invierno y nacimiento en primavera.⁴² La comisión rechazó el reclamo porque halló que la tala no estaba en una escala que

⁴⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado por Argentina (1986), Bolivia (1982), Chile (1972), Perú (1978) y los Estados Unidos (1992).

⁴¹ MacKay *supra* note 2, at 596-97

⁴² Jouni E. Länsman v. Finland, Communication No. 671/1995, U.N. Doc. CCPR/C58/D/671/1995 (1996), disponible en <http://www.umn.edu/humanrts/undocs/html/VWS67158.htm>.

amenazaría la cría tradicional de renos a un nivel que constituiría una violación del Artículo 27. Indicó que “[m]edidas con apenas un impacto limitado a la forma de vida y sustento de personas pertenecientes a una minoría no necesariamente llegan a una privación de derechos bajo el Artículo 27.”

Otro vehículo para buscar acceso a los recursos hídricos mediante la protección internacional para usos de subsistencia es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (ICESCR).⁴³ Aunque el ICESCR no trata directamente con los pueblos indígenas o los derechos a la tierra y recursos naturales, varios de los artículos pueden aplicarse a los derechos indígenas al agua. Por ejemplo, el Artículo 1 indica que “[e]n ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.” El Artículo 11 incluye el derecho a un adecuado estándar de vida y el derecho de compartir en sistemas agrarios eficientes. El Artículo 12 contiene el derecho a un medio ambiente protegido, saludable y ecológicamente seguro el cual incluye el acceso a una cantidad suficiente de agua limpia. Los pueblos indígenas pueden intentar usar estas provisiones para argumentar que tienen derecho a la cantidad de agua suficiente para irrigar los cultivos que precisan para un estándar de vida adecuado y al agua potable y otras condiciones medioambientales relativas a su subsistencia. Sin embargo, la provisión del “medio ambiente saludable” del ICESCR es tan extensiva y tan general, que es difícil imaginar su imposición contra un estado en ausencia de otras garantías más específicas.

D. Identidad Cultural

El respeto por las culturas indígenas se encuentra en varios instrumentos internacionales. Por ejemplo, el Principio 20 de la Declaración de Viena, adoptada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 de las Naciones Unidas “reconoce la dignidad intrínseca y la incomparable contribución de las poblaciones indígenas . . . y reitera firmemente la determinación de la comunidad internacional de garantizarles el bienestar económico, social y cultural . . .” Presumiblemente, las acciones estatales que desgastan los aspectos culturales únicos de los pueblos indígenas estarían contrarias a la declaración. Pero como se vio en las anteriores secciones, la ley internacional contiene protecciones más específicas para los derechos a la tierra y a los recursos que son esenciales para la supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

Por ejemplo, I.L.O No 169 enmarca los requerimientos que aseguran los derechos de los pueblos indígenas a la propiedad de los recursos naturales de uso tradicional en términos de integridad cultural. El Artículo 2 especifica que las acciones del mandato deben incluir medidas dirigidas “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.”

Algunos tratados internacionales hablan principalmente de los derechos de los pueblos indígenas a la integridad cultural y prohíbe acciones gubernamentales que desgastan o destruyen la cultura tradicional. Estas prohibiciones podrían extenderse a permitir las reducciones o contaminaciones de fuentes hídricas que resultan en la privación de usos tradicionales del agua como ser la agricultura y propósitos espirituales,

⁴³ De los países vistos en los estudios de WALIR, **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** ha sido ratificada por Argentina (1989), Bolivia (1982), Chile (1972), y Perú (1978). Los Estados Unidos son signatarios pero aún no ratificó a la convención.

o que imposibilitaría la vida comunitaria de los pueblos indígenas en su territorio histórico. Los estudiosos han observado que: “bajo la ley internacional, la obligación del estado de proteger a los derechos de los pueblos indígenas a la integridad cultural incluye por necesidad la obligación de proteger a las tierras tradicionales debido a la conexión inextricable entre tierra y cultura dentro de este contexto. Por lo tanto, los derechos a las tierras y recursos son derechos a la propiedad por ser prerequisite a la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas . . .”⁴⁴

En una decisión reciente, la Comisión Mexicana de Derechos Humanos aplicó varios artículos de I.L.O. No 169 y la Constitución Mexicana para proteger la supervivencia cultural del pueblo Cucupá.⁴⁵ Los Cucupá son una comunidad indígena de la región de la desembocadura del Río Colorado, cuya población ha disminuido a menos de 200 personas. La administración gubernamental de tierra, aguas y pesca de la desembocadura en los últimos cincuenta años ha llevado a la casi extinción de la comunidad Cucupá y el daño a la salud medioambiental de la región, un área de gran valor en biodiversidad y que ha sido designado como reserva de la biosfera. Esta administración destructiva llevó a Defensores del Fauna, en representación del pueblo Cucupá, a pedir a la comisión asegurar una vida decente para los Cucupá mediante una administración mejorada.

La comisión mexicana citó a varias secciones del I.L.O. No. 169 “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 . . .” Luego ordenó a la agencia mexicana de recursos naturales, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), actualizar el plan administrativo de la reserva biosférica para asegurar las necesidades culturales, ecológicas y económicas del pueblo Cucupá. La comisión requirió a la agencia de agricultura, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), otorgar permisos adicionales de pesca a los Cucupá. Esta decisión es un ejemplo de un pueblo indígena utilizando una ley internacional de derechos humanos en un tribunal doméstico para obligar a las instituciones gubernamentales a promover la supervivencia económica y cultural de comunidades indígenas mediante la administración mejorada de recursos naturales y acceso a los mismos. Hasta Mayo del 2003, las agencias de gobierno no han implementado las recomendaciones de la comisión.⁴⁶

El artículo 27 del ICCPR garantiza a los pueblos indígenas el derecho de disfrutar de sus culturas. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha interpretado que el artículo 27 del ICCPR incluye la protección a la integridad cultural.⁴⁷ En el caso de la *Banda del Lago Lubicon*,⁴⁸ el gobierno provincial de Alberta, Canadá otorgó arriendas

⁴⁴ Anaya and Williams, 14 Harv. Hum. Rts. J. at 53

⁴⁵ Comisión Mexicana de Derechos Humanos, Carta de Decisión No. 8/2002 (Abr. 19, 2002).

⁴⁶ Joel Abraham Blas Ramos, *Baja's Ley vs. Ley, ¿y los Cucupá?*, Mexicali La Cronica, 19 de Mayo de 2003.

⁴⁷ Anaya & Williams, en 51 *citando a Com. DD. HH. de las NN. UU.*, Comentario General No. 23 (50) (Art. 27), HRI/GEN/1/Rev.1 en 38, adoptado Abr. 6, 1994.

⁴⁸ *Lubicon Lake Band v. Canada*, October 1990 Informe Anual del Comité de Derechos Humanos, NN. UU. Doc. A/45/40, Vol. II, App. A (1990). Ver también Dominic McGoldrick, *Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee*, 40 Int'l & Comp. L.Q. 658 (1991).

de exploración mineral y talla de madera dentro del territorio aborigen de la Banda del Lago Lubicon. El Comité de Derechos Humanos halló que esto violaba las garantías de integridad cultural del Artículo 27 del ICCPR.⁴⁹ La extracción de recursos a gran escala por parte de personas ajenas, combinada con el fracaso histórico del gobierno para asegurar a la banda una base de tierras, amenaza el modo de vida y cultura de la banda.⁵⁰

Otro caso concernió al grupo indígena Ainu de Japón. Cuando el gobierno japonés construyó una represa en un área donde se encontraban sitios ceremoniales del grupo indígena Ainu, dos Ainus presentaron demanda. La Corte del Distrito de Sapporo encontró que la construcción perjudicaba a la cultura Ainu y que el gobierno violó el derecho de gozar de su cultura indígena bajo el ICCPR.⁵¹ Morihiro Ichikawa argumenta que es posible extender al Artículo 27 del ICCPR para asegurar derechos de pesca y agua para los Ainu como parte de su cultura.⁵²

Los pueblos nativos también pueden invocar leyes de protección cultural que no son específicas a la cultura indígena. Por ejemplo, Australia promulgó un estatuto⁵³ prohibiendo la construcción de una represa proyectada por el estado de Tasmania en un área designada como sitio Cultural Mundial y Herencia Nacional bajo la Convención de la Herencia Mundial. Los proponentes de la represa desafiaron esta ley nacional, pero la Corte Alta Australiana mantuvo la legislación, indicando que la convención imponía la obligación a Australia de aprobar medidas para la preservación del sitio.⁵⁴

El Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas aún no obliga a las naciones pero sí refleja a normas emergentes. El Artículo 21 dice que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.” El proyecto de declaración ha estado bajo negociación y debatido por varios años y los estudiosos creen que las provisiones exigiendo el respeto para las prácticas tradicionales, integridad cultural y uso económico de tierras reflejan una norma internacional aceptada que será de utilidad en afirmar los derechos indígenas a los recursos naturales.⁵⁵

Varias declaraciones emergiendo de conferencias internacionales son también útiles para determinar las actitudes y normas de la comunidad internacional. A pesar de que no son “leyes duras” en el sentido que sea probable su aplicación por tribunales internacionales o domésticos para requerir o prevenir acciones particulares de un país, pueden ser de ayuda en interpretar y aplicar principios que se encuentran en instrumentos formalmente adoptados y pueden proveer evidencia de la aceptación de normas los cuales por su parte son fuentes de “leyes blandas” o costumbre internacional los cuales son fuente aceptada de ley internacional.

⁴⁹ Benedict Kingsbury, *Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, 92 Am. J. Int'l L. 414, 438 (1998).

⁵⁰ Benedict Kingsbury, *Indigenous Peoples in International Law: A Constructivist Approach to the Asian Controversy*, 92 Am. J. Int'l L. 414, 438 (1998).

⁵¹ *Kayano et al. v. Hokkaido Expropriation Committee*, 1598 Hanrei Jiho 33, 938 Hanrei Times 75 (Sapporo Dist. Ct., Mar. 27, 1997).

⁵² Ichikawa, *supra*.

⁵³ World Heritage Properties Conservation Act of 1983 (Austl.).

⁵⁴ *Commonwealth v State of Tasmania* (1983) 158 CLR 1.

⁵⁵ Williams, *supra* at 689-90

La Declaración de Principios de los Derechos Indígenas adoptada por la Cuarta Asamblea General del Consejo Mundial sobre Poblaciones Indígenas pidió de manera más directa el reconocimiento legal de derechos indígenas al agua, declarando en el Principio 9 que “los pueblos indígenas deben tener derechos exclusivos a su tierra, tradiciones y a sus recursos naturales...” incluyendo derechos a las “... aguas interiores y de la costa. . . .” Y el Principio 12 enuncia que “ninguna acción o tipo de conducta que directa o indirectamente, pueda resultar en la destrucción de tierra, aire, agua, hielo en aguas, vida animal, hábitat, o recursos naturales, sin el libre e informado consentimiento de los pueblos indígenas afectados.”

En Marzo del año 2003, el Tercer Foro Mundial del Agua se realizó en Japón con la participación de 182 países. Mas de 100 acuerdos de agua, incluyendo la Declaración del Agua para Poblaciones Indígenas, a través de las cuales las poblaciones indígenas acordaron formar una red que animaría a las comunidades locales a proteger sus derechos al agua. El principio 11 dice que “[l]a libre determinación incluye la práctica de nuestras relaciones culturales y espirituales con el agua y el ejercicio de nuestra autoridad de gobernar, usar, gestionar, regular, recuperar, conservar, mejorar y renovar nuestras fuentes de agua, sin interferencia.”⁵⁶

E. Discriminación Racial

El destruir o impedir acceso a los recursos naturales indígenas, incluyendo el agua, pueden ser una forma de discriminación racial. La Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1969 (CERD) ha sido ampliamente aceptada por las naciones del mundo.⁵⁷ El Comité para la eliminación de la discriminación racial establecida por la Convención de las NN. UU., observó que:

[E]n muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a las poblaciones indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada.⁵⁸

La convención reconoce al derecho a la posesión de propiedades comunales para los pueblos indígenas y por lo tanto el fracaso de un gobierno de respetar a la propiedad comunal puede violar estas provisiones. MacKay explica que:

bajo el Artículo 5 de la CERD, por ejemplo, las partes-estados están obligados a reconocer, respetar y garantizar el derecho “a poseer propiedad en solitario como también en asociación con otros” y el derecho de heredar propiedad, sin discriminación. El hecho de no reconocer o proteger a los sistemas indígenas de

⁵⁶ ["INDIGENOUS PEOPLES' KYOTO WATER DECLARATION", Third World Water Forum, Kyoto, Japan, March 2003.](#)

⁵⁷ Los países vistos en los estudios de WALIR, que han ratificado a la convención son Argentina (1968), Bolivia(1970), Chile (1971), Perú (1971) y los Estados Unidos (1994)

⁵⁸ **Comité sobre la Eliminación de Discriminación Racial**, Recomendación General XXIII Sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, Aprobada en la 1235a sesión, celebrada el 18 de agosto 1997, CERD/C51/Misc..13/Rev. (1997), para 3.

posesión y herencia de la propiedad es discriminatorio y niega la protección equitativa bajo ley.⁵⁹

En Australia, los derechos de los pueblos indígenas recibieron poco reconocimiento legal hasta la última década. La decisión *Mabo* de 1992⁶⁰ de la Corte Alta Australiana reconoce la existencia del título nativo a la tierra después de encontrar que la doctrina utilizada para negar tal título en el pasado era racialmente discriminatoria. En 1975, el Parlamento Australiano promulgó el Acta sobre la Discriminación Racial⁶¹ específicamente para implementar a la CERD y partir de esa fecha la extinción estatal de un título nativo estaba sujeta al desafío legal bajo discriminación racial.

Los derechos bajo título nativo incluyen a ciertos usos tradicionales como la caza, pesca y cosecha. Aunque los derechos pueden perderse cuando los pueblos nativos pierden su conexión con la tierra o por extinción cuando el gobierno otorga la tierra a otros, parece claro que los Aborígenes tienen intereses en las tierras y aguas actualmente en posesión de la Familia Real. El Acto sobre Títulos Nativos de 1993 confirma que el título nativo puede reclamarse para aguas de la misma manera como para tierras. Esto abre la posibilidad que los Aborígenes podrán reclamar derechos a la utilización de aguas para cualquier actividad desde la irrigación hasta los usos culturales y espirituales.

Un caso reciente apoya la conclusión que las comunidades indígenas pueden afirmar sus derechos a los usos tradicionales del agua. En el caso *Spinifex*⁶² la Corte Federal confirmó un acuerdo entre las partes que daba a los propietarios del título nativo el derecho de tomar agua para el propósito de satisfacer sus necesidades personales, domésticas, sociales, culturales, religiosas, espirituales o comunales no-comerciales, incluyendo la observancia de leyes y costumbres tradicionales. Sin embargo, un reclamo para agua de irrigación no prosperó tan bien. Existe una común suposición que las prácticas históricas de las comunidades Aborígenes no incluían a la irrigación y es posible que el estado niegue los derechos al agua para usos no tradicionales. En contextos aparte del agua, sin embargo, las cortes han indicado que ellos no limitarán los derechos bajo título nativo estrictamente a los usos de las costumbres que prevalecían en tiempos antiguos pero permitirán, al menos, “el mantener las tradiciones del pasado en circunstancias cambiadas.”⁶³

Un problema serio con los derechos nativos al agua, aun para usos tradicionales comprobados, es que están subordinadas a todos los derechos que han sido otorgados a otros por el estado bajo la legislación hídrica.⁶⁴ Las cortes no han determinado si esto es racialmente discriminatorio. Además, la misma promulgación de legislación hídrica puede ser problemática para los pueblos indígenas buscando afirmar sus derechos al agua.

F. Derecho a la Auto-Determinación

En última instancia, el derecho más importante para los pueblos indígenas puede ser el de poder gobernar la asignación, uso y protección de los recursos naturales. Los

⁵⁹ MacKay *supra* nota 2, en 597

⁶⁰ *Mabo v Queensland*, [1992] 175 CLR 1.

⁶¹ Racial Discrimination Act, 1975 (Austl.).

⁶² *Mark Anderson on behalf of the Spinifex People v. State of Western Australia*, [2000] FCA 1717

⁶³ *Members of the Yorta Yorta Aboriginal Community v. State of Victoria* (2001) 180 ALR 655; [2001] FCA 45.

⁶⁴ *Ngalpil v State of Western Australia*, [2001] FCA 1140.

sistemas estatales de leyes del agua a menudo permiten usos que son dañinos a las culturas indígenas y que compiten con los valores nativos abarcando desde lo económico a lo espiritual. Al controlar las aguas de sus territorios, los pueblos indígenas pueden asegurar que sean satisfechas sus propias necesidades. Adicionalmente, el proteger la dignidad de las instituciones indígenas fortalece a las culturas indígenas. Sin embargo, el mantener el control de la comunidad nativa sobre el agua es a menudo difícil porque los estados lo consideran una amenaza a su soberanía así como a su habilidad de promover un desarrollo económico nacional.

El asunto de la auto-determinación nativa se encuentra confundido por diferentes conceptos, abarcando desde la mera participación en los procesos de toma de decisiones estatales hasta la independencia política.⁶⁵ Los estados se sienten inseguros de respaldar principios abstractos de auto-determinación indígena y por lo tanto el número y alcance de las fuentes de ley internacional sobre este punto es limitado.

Algunas fuentes de ley internacional apoyan claramente a la auto-determinación de los pueblos indígenas incluyendo su derecho de controlar el agua y otros recursos naturales y la obligación de los estados de respetar las leyes y costumbres nativas con respeto al uso del agua. Adicionalmente, múltiples provisiones de ley internacional insisten que los estados consulten con las comunidades nativas afectadas al tomar decisiones. Sin embargo, las provisiones con relación a la auto-determinación son menores en número y menos específicas que las provisiones de ley internacional protegiendo a otros tipos de derechos que pueden ser relacionados al agua.

El Preámbulo de I.L.O. No. 169 enmarca el tratado en términos del derecho de los pueblos indígenas a ejercer “control sobre sus propias instituciones, forma de vida y de su desarrollo económico.” El tratado luego provee que “[l]os 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.”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR) enuncia en el Artículo 1:

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición político y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional.⁶⁶

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 95° sesión, el 27 de febrero, 1997. Al igual que I.L.O No 169, contiene protecciones más detalladas y específicas para los derechos indígenas a la tierra que los acuerdos sobre los derechos humanos. Contiene fuertes provisiones con relación a la auto-determinación indígena. Aunque permanece como propuesta de tratado, la Declaración Americana incluye el pronunciamiento mas completo de los elementos importantes para el control nativo de recursos. Varios artículos apoyan los derechos de los pueblos indígenas al auto-

⁶⁵ Ver Maivan Chech Lam, *At the Edge of the State: Indigenous Peoples and Self Determination* (2000).

⁶⁶ Anaya & Williams, en 55

gobierno y el tener sus leyes reconocidas por el sistema legal estatal. El Artículo XVI dice que las leyes indígenas deben incorporarse en la ley doméstica:

1. El derecho indígena deberá ser reconocida como parte del orden jurídico y del marco de desenvolvimiento social y económico de los Estados.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y el mantenimiento de la paz y armonía.
3. En la jurisdicción de cada Estado, los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad frente a la ley. Ello incluirá la observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua.

Entre las provisiones con relación a los recursos humanos, el Artículo XVIII enuncia que:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.
- ...
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras . . .

En un reclamo correctamente presentado delante de la Comisión Interamericana, el proyecto de declaración podría ser una fuente potente de derechos para aplicar los derechos y prácticas indígenas tradicionales de asignación, administración y utilización del agua.

Bajo los auspicios del Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas ha producido un bosquejo de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.⁶⁷ Esta declaración ha pasado por varias revisiones. El bosquejo de declaración contiene varias provisiones que tratan a las tierras y otros recursos. El Artículo 26 incluye lenguaje especialmente protectora de los derechos de los pueblos indígenas de aplicar la ley de costumbre en la administración de sus tierras y aguas:

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las *aguas*, las mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces

⁶⁷ Doc. NN. UU. E/CN.4/1995/2; E/CN.4/Sub.2/1994/56

para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos.

Al incluir específicamente a las “aguas” dentro de las tierras y territorios la declaración también apoya el argumento que los recursos hídricos están bajo el alcance de tratados y convenios internacionales asegurando los derechos indígenas a las tierras y territorios tradicionales.

Finalmente, el Principio 12 de la Declaración de Principios de Derechos Indígenas del Consejo Mundial sobre Pueblos Indígenas indica que “la tradición y costumbre de los pueblos indígenas debe ser respetado por los estados, y reconocido como fuente fundamental de ley.”

IV. Conclusión

La ley internacional provee varios motivos para asegurar los derechos indígenas al agua. Aunque no existe un precedente del uso de la ley internacional para solucionar las demandas de derechos indígenas al agua, si existe un número pequeño pero creciente de casos en los cuales los pueblos indígenas han usado la ley internacional para proteger sus derechos a otros recursos naturales tales como la madera o minerales.

Los seis tipos de derechos identificados por esta publicación ilustran maneras diferentes de enmarcar demandas y algunos de los instrumentos de ley y normas internacionales que podrían ser la base de estas demandas. Las demandas pueden venirse por el impedimento del acceso al agua para usos tradicionales o usos comerciales por tribus y grupos.

Adicionalmente, los pueblos indígenas pueden invocar la ley internacional cuando un gobierno toma una acción que les priva de cantidades de agua o contamina agua dentro de sus territorios tradicionales. Estas demandas tienen mayor posibilidad de éxito si se han definido los límites de áreas tradicionales y se ha incluido específicamente a los ríos determinados y otros cuerpos de agua. La comisión Interamericana sobre Derechos reconoció en el caso de los Yanomami que los derechos legales de tierra están relativamente sin sentido sin la demarcación del territorio indígena.

Las poblaciones indígenas que buscan demandas legales bajo ley internacional no necesitan limitarlas a los derechos bajo un solo instrumento. Si los grupos indígenas empiezan sus demandas, es probable que alegaran varias bases. Por ejemplo, el Consejo Tribal Carrier Sekani de Canadá ha colocado una demanda a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de la decisión del gobierno provincial de permitir la tala de madera en tierras que han ocupado tradicionalmente. Los Carrier Sekani han afirmado que esto viola sus derechos a la propiedad, integridad cultural, auto-determinación y consulta, equidad bajo la ley, y el de tener sus derechos asegurados por el estado bajo el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de Pueblos Indígenas y el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Actualmente, los Carrier Sekani están a la espera del nuevo gobierno provincial de British Columbia que es menos amable a demandas indígenas para que emitaprotocolos de revisión al tratado. No es muy probable que este avance los intereses de la tribu y ellos podrían regresar a la comisión si sus derechos se ignoran. No obstante, la aceptación por parte de la comisión de la demanda marca un precedente para el uso de este proceso en la aserción de futuras demandas. A través de este proceso la provincia de British Colombia fué obligada a participarde medidas provisionales de silvicultura con

los Carrier Sekani, un paso que probablemente no hubiera sido posible al aplicarse solo las leyes domésticas.

Esta publicación se ha concentrado sobre los remedios bajo ley internacional para la violación de derechos indígenas al agua. Está fuera del alcance de esta publicación el identificar a las leyes domésticas que puedan ser de utilidad en cada país. Pero, estas fuentes de ley deben ser exploradas en cada caso, ya que pueden ser de mayor fuerza que las normas internacionales en algunos estados o por lo menos más familiares a las cortes domésticas. Aunque las leyes varían entre naciones, cada país puede tener estatutos y provisiones constitucionales específicos que dan referencia a los derechos de tierra y agua de los indígenas. Además, las leyes domésticas pueden incluir derechos de costumbres para el uso de recursos que pertenecen a campesinos y grupos indígenas. Muchas veces la gente indígena son campesinos, sin embargo no todos los campesinos pueden hacer uso de derechos como miembros de un pueblo nativo.

De manera similar a los acercamientos mediante ley internacional para la vindicación de los derechos indígenas al agua, ha sido poco frecuente que los pueblos indígenas intenten usar los acercamientos mediante ley doméstica para avanzar sus derechos al agua y otros recursos naturales, con la excepción de algunos pocos países. En el momento de buscar la ayuda de la ley para asegurar los derechos al agua en las cortes y tribunales administrativos domésticos, los pueblos indígenas y sus abogados deben considerar citar tanto a fuentes de ley doméstica como internacional.

El conjunto de posibilidades para la utilización de la ley internacional, así como la ley doméstica, para el establecimiento y protección de los derechos hídricos de los indígenas es grande y complicado. Como mínimo, los pueblos indígenas específicos deben beneficiarse de la investigación legal de sus situaciones particulares para identificar el acercamiento legal de mas promesa para la protección de los derechos al agua. Las bases pueden variar de acuerdo a la situación de los hechos de cada grupo. Adicionalmente, ellos precisan consejo bien informado sobre los foros de mas promesa para asegurar esas bases. La investigación y consejo necesario para los grupos indígenas precisa de experiencia legal. Por lo tanto, los pueblos indígenas requieren acceso a abogados que conocen las leyes del país en particular así como expertos en ley internacional. Si los grupos de un país llevan demandas que carecen de fuerza o no estén presentadas correctamente y fallan, puede dañar los esfuerzos de otros grupos. Por lo tanto, sería aconsejable a los grupos indígenas de varios países coordinar esfuerzos regionales o internacionales y encontrar los mejores casos para avanzar el desarrollo de ley internacional como una herramienta para asegurar los derechos indígenas al agua.