

REDD en Territorios Indígenas de la Cuenca Amazónica

¿Serán los pueblos indígenas los directos
beneficiarios?



Biviany Rojas Garzón



Instituto Socioambiental ISA

Brasil
Septiembre de 2009

Presentación

El siguiente es un breve estudio de legislación comparada sobre Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador Perú y Venezuela realizado por el Instituto Socioambiental en el Programa de Políticas Públicas y Derecho Sociambiental con el objetivo de proponer insumos para el debate relativo a eventuales proyectos de REDD con pueblos indígenas en territorios de la cuenca amazónica.

Tabla de Contenido

Introducción	7
I. Mecanismos de Reducción de Emisiones Derivadas de Deforestación y Degradación forestal (REDD) y Pueblos Indígenas.....	8
II. Derechos de los Pueblos Indígenas en la Amazonía. Un cuerpo jurídico compartido por los países de la cuenca.	12
1. Derecho de pose y propiedad de los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas.....	13
2. Derecho de uso y goce de los recursos forestales de los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas amazónicos.	17
3. Derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado.....	22
La capacidad jurídica de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos sobre sus territorios.....	25
Conclusión Regional.	26
III. Derechos de los pueblos indígenas y viabilidad jurídica de eventuales proyectos de REDD en territorios indígenas de la cuenca Amazónica.	28
Bolivia.	28
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente ocupados por ellos?.....	29
¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	31
¿Tienen los pueblos indígenas capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	33
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	34
¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía boliviana negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	35
Brasil	38
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente ocupados por ellos?.....	39
¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	40
¿Tienen los pueblos indígenas capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	44
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	46

REDD en Territorios Indígenas de la Cuenca Amazónica
Septiembre de 2009

¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía brasileña negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	47
Colombia	48
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente ocupados por ellos?.....	48
¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	50
¿Pueden los pueblos indígenas disponer de los recursos forestales localizados en sus territorios cuando estos están sobrepuestos con reservas forestales y parques naturales?	52
¿Tienen los pueblos indígenas capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	55
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	57
¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía colombiana negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	60
Ecuador	60
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente ocupados por ellos?.....	61
¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	62
¿Tienen los pueblos indígena capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	63
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	64
¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	65
Perú.....	66
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente por ellos ocupados?.....	67
¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	69
¿Tienen los pueblos indígenas capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	71
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	73
¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía peruana negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	74
Venezuela.....	75
¿Tienen los pueblos indígenas la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente ocupados por ellos?.....	76

¿Tienen los pueblos indígenas el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	78
¿Tienen los pueblos indígena capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?.....	81
¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?.....	82
¿Según la legislación nacional, podrían los pueblos indígenas de la Amazonía venezolana negociar directamente créditos de carbono derivados de proyectos de REDD realizados en sus territorios?.....	83
V. Conclusiones Generales.....	85
Cuadro síntesis comparativo. Derechos de los pueblos indígenas y mecanismos de REDD en la Cuenca Amazónica.	89
Anexos.	93
Anexo I. Bolivia	93
Anexo II. Brasil	93
Anexo III. Colombia.....	93
Anexo IV. Ecuador	93
Anexo V. Perú.....	93
Anexo VI. Venezuela	93

Siglas

AATIs.	Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas.
AIDSESP.	Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana
ANPs.	Áreas Naturales Protegidas.
CB.	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
CERs.	Certificados de Emisión Reducida.
CF.	Constitución Federal.
COICA.	Coordinadora de las Organizaciones indígenas de la Cuenca Amazónica.
COP.	Conferencia de las Partes (en este caso) de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
CP.	Constitución Política.
Corte IDH.	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CPE.	Constitución Política del Estado Ecuatoriano.
DNUDPI.	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
DL.	Decreto Legislativo.
DS.	Decreto Supremo.
ETIs.	Entidades Territoriales Indígenas.
FUNAI.	Fundación Nacional del Indio.
GEI.	Gases de Efecto Invernadero.
IBAMA.	Instituto Brasileño de Medio Ambiente.
LOPCI.	Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas de Venezuela.
NCPEB.	Nueva Constitución Política del Estado boliviano
MDL.	Mecanismos de Desarrollo Limpio.
OIT.	Organización Internacional del Trabajo.
PIs.	Pueblos Indígenas.
PNN.	Parques Nacionales Naturales.
REED.	Reducción de las Emisiones derivadas de Deforestación y Degradación forestal.
RI.	Resguardos Indígenas.
RN.	Recursos Naturales.
SIDH.	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
TIs.	Tierras Indígenas.
TCNs.	Tierras de Comunidades Nativas.
TCOs.	Tierras Comunitarias de Origen.
UCs.	Unidades de Conservación.
VERs.	Reducciones Voluntarias de Emisiones.
ZEDS.	Zona Especial de Desarrollo Sustentable.

Introducción

El presente documento es un análisis del marco jurídico pertinente para la implementación de proyectos de Reducción de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero por Deforestación y Degradación forestal (en adelante REDD) en los territorios indígenas de los países de la cuenca Amazónica. Su principal objetivo es responder a la pregunta de *¿sí pueden los pueblos indígenas de la región ser los directos beneficiarios de proyectos de REDD ejecutados en sus territorios?* según la legislación vigente en la región y en cada país individualmente considerado. El trabajo se focalizó en seis de los nueve países que componen la cuenca y que juntos suman más del 80% de la misma. Ellos son: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

El texto se encuentra organizado principalmente en tres partes. La primera de ellas hace referencia al marco jurídico común que comparten los países amazónicos sobre derechos humanos de los pueblos indígenas, tratados climáticos y normas ambientales, a través de la ratificación e incorporación de instrumentos internacionales sobre todos estos temas, así como por la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que, en principio, como mostraremos, es oponible a todos los países de la cuenca.

La segunda parte del estudio presenta un análisis comparado de los seis países investigados con base en cinco preguntas jurídicas que consideramos pertinentes para evaluar si las legislaciones nacionales cumplen con las condiciones mínimas que garantizarían que los pueblos indígenas puedan ejecutar proyectos de REDD en sus territorios y ser ellos los directos beneficiarios de los mismos. De esta forma, los problemas jurídicos aplicados a cada país están orientados a la definición de la existencia, o no, de derechos territoriales de los pueblos indígenas consistentes, que incluye tanto la tenencia de las tierras tradicionalmente por ellos ocupadas, como el control y disposición sobre los recursos naturales en ellas existentes, en especial sobre los recursos forestales. Adicionalmente, el estudio evalúa el reconocimiento de la personería jurídica de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos con autonomía patrimonial para realizar directamente negocios jurídicos, así como el reconocimiento y protección de sus derechos a la libre determinación y elección de prioridades de desarrollo económico, social y cultural para sus pueblos y territorios.

Finalmente, en la tercera parte del documento se presentan las conclusiones regionales del análisis comparado, y una síntesis conceptual de todo el material compilado y sistematizado con el objetivo de servir, también, como subsidios para otros tipos de trabajos que pretendan profundizar en la materia desde diferentes enfoques.

El estudio aquí presentado es preliminar y exploratorio. Se trata de un primer acercamiento al análisis integrado de derechos indígenas y ambientales actualmente vigentes en la cuenca Amazónica, a la luz de los eventuales mecanismos de conservación y recuperación del bosque nativo en el marco de la lucha contra el calentamiento global. Esperamos que él pueda servir tanto como base de más profundos y elaborados análisis sobre el tema, así como insumo para la reflexión y participación de los pueblos y organizaciones indígenas en el debate internacional y nacional sobre cambio climático y régimen pos-Kyoto que envuelve sus territorios, recursos forestales y proyectos de vida.

I. Mecanismos de Reducción de Emisiones Derivadas de Deforestación y Degradación forestal (REDD) y Pueblos Indígenas.

En el proceso de inventario de las principales fuentes de Gases de Efecto Invernadero (en adelante GEI), la quema permanente de las florestas tropicales llegó a significar casi el 20% de la totalidad de GEI lanzados a la atmósfera. Esta verificación introduce la preocupación por la conservación y manutención de los bosques dentro de las prioridades de la agenda mundial relativas a la lucha contra el calentamiento global.

Dado que la preocupación por la acelerada devastación de los bosques surge de forma posterior a la aprobación de las normas internacionales vigentes sobre cambio climático (Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992, en adelante CMNUCC y el Protocolo de Kyoto de 1997, en adelante PK), en ellas no existe ninguna disposición orientada a detener la deforestación y degradación de los bosques nativos así como su necesaria conservación.

Además del reconocimiento de los bosques como sumideros de carbono, la única dimensión forestal incluida en los instrumentos internacionales sobre cambio climático actualmente vigentes, hace referencia a actividades de forestación y reforestación en el marco de los Mecanismos de Desarrollo Limpio (en adelante MDL), lo que deja totalmente de lado la dimensión de conservación de los bosques, aún en la lógica de manutención de sumideros, y también excluye cualquier tipo de incentivo para disminuir las emisiones derivadas de la deforestación y degradación que la mayoría de los bosques nativos del mundo vienen sufriendo de manera rápida.

Después de muchos debates y discusiones globales sobre el papel de las florestas en la estabilidad climática del planeta, finalmente durante la 13ª Conferencia de las Partes realizada en Bali en diciembre de 2007 (en adelante COP-13), los países se comprometieron a trabajar durante la 15ª Conferencia de las Partes¹, en la creación de *“enfoques de política e incentivos positivos para las cuestiones relativas a la reducción de las emisiones derivadas de la deforestación y la degradación de los bosques en países en desarrollo; y la función de la conservación, la gestión sostenible de los bosques y el aumento de las reservas forestales de carbono en los países en desarrollo”*.

El anterior compromiso corresponde a la definición internacional más concreta de lo que viene siendo denominado REED: *Reducción de las Emisiones Derivadas de la deforestación y la degradación forestal en los países en desarrollo*, la cual pretende incorporar una dimensión más integral del papel de los bosques en la lucha contra el calentamiento global. Sin embargo, hasta antes de la COP-15 no existe ningún tipo de definición normativa de cómo pueden ser implementados mecanismos de REDD en el marco de la Convención del Clima.

¹ Esta Conferencia de las Partes deberá realizarse en Copenhague, Dinamarca, durante el mes de diciembre del año 2009. En ella se definirán los compromisos que los países parte asumirán después del año 2012, en el cual se agotan las metas adquiridas en el PK de 1997.

En consecuencia, para efectos del presente texto, asumimos los mecanismos de REDD como el conjunto de actividades cuyo objetivo es estimular la disminución de emisiones y concentraciones de GEI derivados de la deforestación y degradación de bosques nativos, que deberán incluir como mínimo actividades orientadas a: 1) evitar la deforestación y degradación de florestas, bien sea con autorización legal o de manera ilegal², 2) conservar los bosques nativos existentes y 3) recuperar áreas forestales degradadas que aumenten la cobertura forestal del planeta. Comprobada y certificada la reducción de emisiones de GEI derivadas de estas actividades, será posible la emisión de créditos de carbono, bien sean en la forma de Certificados de Emisión Reducida (CERs), negociables en el mercado oficial de carbono, o como Reducciones Voluntarias de Emisiones (VERs), por su vez negociables en los mercados voluntarios de carbono.

Los CERs son un tipo de constancia oficial de una reducción de GEI, emitidos por la Junta Ejecutiva de los Mecanismos de Desarrollo Limpio (en adelante MDL) de la Organización de las Naciones Unidas y cuyo objetivo principal es certificar la reducción de una (1) tonelada (métrica) de emisiones CO₂ equivalentes, reducidas o secuestradas. Dentro de este contexto, en la actualidad solamente es posible obtener CERs derivados de actividades de forestación o reforestación, lo cual excluye actividades de deforestación evitada y conservación de bosques nativos.

Es decir, los CERs son apenas una de las formas posibles de comprobar y comercializar la reducción de emisiones de GEI relativa a actividades forestales. La comercialización de créditos de carbono en este contexto es lo que comúnmente se conoce como el mercado oficial de carbono.

Al lado de los CERs vienen aumentando los VERs como créditos de carbono comercializados en el mercado voluntario, donde los proyectos forestales tienen mayor flexibilidad y alcance que en el mercado oficial. En el mercado voluntario permite y estimula, por ejemplo, abordar objetivos socioambientales adicionales al carbono en actividades de deforestación evitada, recuperación de áreas degradadas y conservación de bosques nativos, razón por la cual algunos créditos de carbono comercializados en el mercado voluntario tienen valores asociados que contextualizan el origen de cada crédito, otorgando valor a servicios ambientales y sociales que están vinculados a las actividades y territorios en los cuales se origina la reducción de emisiones certificada y vendida.

Así, volviendo a los mecanismos de REDD, por ahora es importante tener claro que las actividades y créditos derivados de estos, actualmente sólo pueden ser comercializados en el mercado voluntario de carbono, ya que el mercado oficial no los contempla por ahora.

Los REDD pueden eventualmente ser parte de los Mecanismos de Desarrollo Limpio en el escenario pos-2012³, e ingresar en el mercado oficial de carbono a través de la comercialización de créditos de carbono, o pueden ser incorporados como

² La diferenciación entre deforestación legal e ilegal, hace referencia a las actividades que la legislación nacional de cada país permite realizar en áreas de floresta nativa. Por ejemplo, en países como Brasil se prohíbe la deforestación de más del 20% de propiedades rurales localizadas en el bioma amazónico como uno de los criterios utilizados para evaluar la legalidad o ilegalidad de la actividad de deforestación. Igualmente, actividades como el corte y comercialización ilegal de madera hacen parte de los criterios a ser considerados en el contexto de la legislación forestal e indigenista de cada país con relación a las actividades susceptibles de ser consideradas dentro de eventuales proyectos de REDD.

³ Con la expresión "escenario pos-2012" estamos haciendo referencia al protocolo que debe sustituir el Protocolo de Kyoto (cuyas metas se agotan en el año 2012) y que debe ser negociado durante la COP-15 en Copenhague, Dinamarca, en diciembre de 2009.

mecanismos diferentes de los MDL con fuentes de financiación voluntaria e independiente del propio mercado. De cualquier forma, la fuente y los mecanismos de financiación de los créditos de carbono derivados de mecanismos de REDD es un asunto aún no definido y que en principio no afecta la discusión sobre la titularidad jurídica de los créditos, lo que constituye el objetivo principal de este texto.

De esa forma, con el objetivo de definir operativamente la naturaleza y titularidad de los créditos de carbono consideramos importante hacer las siguientes aclaraciones conceptuales. Primero, el hecho de que comunidades indígenas y/o tradicionales habiten en los bosques nativos genera la existencia de regímenes jurídicos de propiedad especial sobre las tierras y recursos naturales allí existentes. Segundo, que las actividades realizadas para la reducción de emisiones como deforestación y degradación evitadas o el cambio de uso forestal del suelo son susceptibles de generar créditos de carbono, solamente pueden ser realizadas por aquellos que detienen el control y administración efectiva sobre los recursos forestales; y tercero, que los créditos de carbono derivados de las mencionadas actividades pueden ser retribuidos y comercializados, por ahora en el mercado voluntario de carbono, exceptuando las actividades de secuestro por reforestación.

Los créditos de carbono que tengan origen en medidas de mitigación del tipo REDD, necesariamente estarán vinculados a la realización de por lo menos 3 actividades: 1) actividades orientadas a evitar el cambio de uso del suelo forestal por actividades de origen ilegal o legalmente permitidas en los bosques nativos de cada país, 2) actividades destinadas a la recuperación de áreas degradadas⁴, y 3) actividades relativas a la manutención de los bosques nativos, independiente o no, de la existencia de amenazas de deforestación⁵. A su vez, tales actividades solamente podrán ser ejecutadas por aquellos que legalmente tengan el derecho de uso y goce sobre las florestas nativas, bien sea en calidad de propietarios, o de usufructuarios exclusivos, lo que resulta fundamental para identificar la titularidad de los eventuales créditos de carbono derivados de reducción de emisiones debidamente certificadas para estos casos.

En ese orden de ideas, sí jurídicamente definimos los créditos de carbono como bienes incorpóreos, derivados de la certificación de una reducción de emisiones de GEI que tiene origen en el conjunto de una o varias actividades de recuperación y conservación de florestas nativas, los titulares de los créditos de carbono son necesariamente aquellos que tienen la capacidad jurídica para realizar las mencionadas actividades, es decir, aquellos con los derechos de uso y goce de los recursos forestales necesarios para generar la reducción de emisiones objeto de los créditos y sin las cuales estos no existirían.

Es fundamental tener claridad sobre la titularidad de los derechos de uso y goce de los recursos forestales envueltos en las mencionadas actividades. El reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos forestales son fundamentales en el análisis de la titularidad de eventuales créditos de carbono originados en actividades realizadas por los propios pueblos dentro de sus territorios.

⁴ Las **actividades de reforestación**, como ya citado, diferentemente de las actividades de deforestación evitada, están reglamentadas en el ámbito de los MDL del PK. Por esta razón pueden generar créditos de carbono posibles de comercializar en el mercado oficial.

⁵ Las actividades de conservación de florestas nativas, independiente de la existencia inminente e inmediata de deforestación, es la más reciente dimensión discutida internacionalmente sobre las actividades relativas a la manutención y aumento de la cobertura forestal en el planeta. Esta dimensión conservacionista viene siendo identificada como REDD PLUS. Ver más información al respecto en: http://unfccc.int/methods_science/redd/items/4531.php

Actualmente la gran mayoría de áreas forestales del planeta están habitadas por pueblos indígenas y comunidades locales que desde hace mucho tiempo conviven con el bosque como territorio tradicional, y que sin duda reproducen una forma de vida que no es excluyente con los usos forestales del suelo, sino que por el contrario dependen de la preservación de los bosques para sobrevivir y reproducir sus formas de vida, tradiciones, cultura y organización social. Por esto, los pueblos que viven en los bosques deben ser los principales beneficiarios de cualquier iniciativa en el sentido de compensar económicamente la manutención de la floresta en pie.

Los debates internacionales sobre el tema y sus respectivos avances han sido duramente criticados por la falta de participación directa de los pueblos que viven en los bosques, lo que deslegitima en gran medida los acuerdos y decisiones de los gobiernos con relación a los mecanismos de REDD, ya que necesariamente envuelven las vidas y territorios de estas poblaciones, sin que hasta el momento, ellas hayan participado activa y directamente de los debates adelantados sobre el tema.

Sin desconocer que los acuerdos internacionales pueden decidir la orientación de los mecanismos de REDD, también es necesario tener claridad de que el real alcance de los mismos será definido en las legislaciones domésticas que incorporen los acuerdos y que definan las reglas de aplicación nacional, en armonía con los contextos jurídicos e institucionales ya existentes en cada país. Por eso, aunque es innegable la necesidad e importancia de que los pueblos que viven en los bosques puedan tener voz y voto en la esfera de las negociaciones internacionales, es igualmente importante que estos pueblos estén preparados para los debates internos sobre el asunto, preferiblemente con iniciativas y propuestas reglamentarias que garanticen el respeto de sus derechos territoriales, el acceso directo a los beneficios derivados de actividades de REDD, así como sus derechos políticos de autodeterminación, y el cumplimiento de la obligación del Estado de consultar y obtener el consentimiento libre, previo e informado de las decisiones administrativas y legislativas que los afectan directamente.

La incorporación de reglamentaciones domésticas relativas a REDD en territorios indígenas localizados en la cuenca Amazónica tendrán necesariamente que considerar el conjunto de derechos de los pueblos indígenas reconocidos y consolidados en toda la región. En la cuenca Amazónica la gran mayoría de los países (exceptuando principalmente las Guayanas) actualmente comparten normas internacionales que reconocen y protegen los derechos de los pueblos indígenas y similares⁶ tales como: el **Convenio 169 de la OIT** sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (en adelante C169 de la OIT), la **Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas** (en adelante DNU DPI)⁷ y la **Convención Americana de Derechos Humanos** (en adelante la CADH), que viene siendo ampliamente interpretada por la Comisión y la Corte Interamericana para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y tribales en el

⁶ Pueblos indígenas y similares es una expresión usada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) para hacer referencia a aquellos pueblos que sin ser indígenas tienen características culturales, sociales y económicas que los diferencian de la mayoría de la población nacional, y que los constituye en minorías culturales a las cuales es posible extender los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas. Ver *caso Saramaka* Párr. 80.

⁷ Por un voto de 143 a favor y 4 en contra, con 11 abstenciones, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (<http://www.un.org/News/Press/docs/2007/ga10612.doc.htm>).

continente, entre otros instrumentos de Derechos Humanos reconocidos de forma menos homogénea entre todos los países de la cuenca.

Por lo anterior consideramos fundamental el análisis de los marcos jurídicos actualmente existentes para evaluar la incidencia y conveniencia de los mecanismos de REDD en territorios indígenas de los países de la cuenca Amazónica. Para tal evaluación, a continuación serán presentados y analizados los marcos normativos que comparten en la gran mayoría de los países de la cuenca con relación a los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre sus territorios, recursos naturales, autodeterminación, capacidad jurídica y consentimiento libre, previo e informado sobre decisiones que los afectan.

II. Derechos de los Pueblos Indígenas en la Amazonía. Un cuerpo jurídico compartido por los países de la cuenca.

Durante los últimos 20 años se viene desarrollado un cuerpo jurídico internacional referente a los derechos diferenciados de pueblos indígenas y tribales que va desde el reconocimiento y protección de sus territorios hasta la declaración del derecho de autodeterminación de los pueblos para definir sus prioridades de desarrollo social, económico y cultural en el marco de los Estados Nación a los cuales pertenecen, pasando por una amplia gama de derechos económicos, civiles y sociales.

Normas como la C169 de la OIT, la DNUDPI, CERRD, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la propia interpretación jurisprudencial del Sistema Interamericano sobre los Derechos Humanos y sobre los derechos de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales tiene particular relevancia en todo el continente americano. Sólo en la cuenca Amazónica la casi totalidad de países ratificaron la C169 de la OIT (exceptuando las Guyanas y Surinam), la gran mayoría promovió y aprobó en septiembre de 2007 la DNUDPI (exceptuando Colombia) y, nuevamente exceptuando a Guyana, todos ratificaron la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y reconocen la Jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸.

El mapa de ratificaciones del Convenio 169 de la OIT da una idea de la importancia de los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas en América Latina, lo cual representa un importante diferencial con otras regiones del mundo donde los pueblos indígenas no tienen un cuerpo jurídico de derechos reconocidos con la dimensión y profundidad que actualmente existe en el continente.

⁸ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) incluye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), las cuales disponen de una amplia y consolidada jurisprudencia sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de la región. El SIDH establece obligaciones compulsivas para que todos los Estados americanos cumplan con las normas de derechos humanos en su particular interpretación para los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales.



FUENTE: BASE DE DATOS OIT [Ratificaciones del Convenio 169](#)

Siendo así, resulta pertinente para nuestro estudio regional analizar el contenido normativo de este cuerpo jurídico internacional como base común de entendimientos y compromisos relativos a los derechos de los pueblos indígenas. Considerando el foco de nuestro trabajo, a continuación serán analizados los derechos de territorio, recursos naturales, autodeterminación y consulta o consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en la cuenca Amazónica. El análisis de estos derechos tiene por objetivo responder a la pregunta inicial de si eventuales proyectos de REDD en territorios indígenas de la región podrían beneficiar directamente a los pueblos indígenas que la habitan.

1. DERECHO DE POSE Y PROPIEDAD DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

El derecho al territorio que tienen los pueblos indígenas, es quizá el eje articulador de todos los demás derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas en procura de garantizar su sobrevivencia como colectividades culturalmente diferenciadas, de él se derivan importantes derechos como aquellos referentes al uso y goce de los recursos naturales, y en él se ejerce el principal derecho político de los pueblos indígenas que es el derecho de autodeterminación.

Los instrumentos internacionales aplicables a los Estados de la cuenca Amazónica y la jurisprudencia regional analizada en este estudio coinciden en afirmar que los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad y pose de los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados de una u otra manera por ellos⁹. El concepto

⁹ De acuerdo con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las disposiciones de sus instrumentos rectores deben ser interpretados y aplicados en el contexto de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que esos instrumentos fueron por primera vez redactados y con la debida atención a otras normas pertinentes del derecho internacional aplicables a los Estados Miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de los derechos humanos. Véase Opinión Consultiva OC-10/89, párr. 37; Corte IDH, Opinión Consultiva OC_16/99, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Ser. A. N° 16 (1999), párr. 114 (Véase Informe N° 52/02, Caso N° 11.753, Ramón Martí nez Villareal (Estados Unidos), Informe Anual de la CIDH 2002, párr. 60. Véase, también, Convención Americana, artículo 29(b) ("Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [. . .] b. limitar el goce y

de territorio indígena regionalmente aceptado no se limita al espacio físico y actualmente ocupado por las comunidades indígenas que conforman el pueblo, sino a su hábitat en el sentido más amplio del concepto¹⁰.

La Corte IDH ha venido extendiendo jurisprudencialmente la protección del derecho de propiedad a los territorios indígenas, proponiendo una nueva interpretación del derecho clásico de propiedad a la luz de la particular relación existente entre los pueblos indígenas y los territorios que ellos habitan¹¹. De esa forma la Corte señala que:

“(…) los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas **medidas especiales** para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial **respeto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural**. La Corte encuentra concordante con el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y similares¹².”¹³ (El destacado y la nota aclaratoria son del autor).

Dicha interpretación ha sido reiterada por la Corte IDH en todos los casos relativos a derechos territoriales de pueblos indígenas a partir del año 2001 argumentando que: “la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana”¹⁴.

Entre las principales características reconocidas por la jurisprudencia de la Corte al derecho de los pueblos indígenas al uso y goce de su territorio, se encuentra el reconocimiento de la existencia de una relación de naturaleza colectiva con un territorio específico, lo cual tiene como principal consecuencia jurídica el hecho de

ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”)

¹⁰ En este sentido coincide con la definición de territorio indígena incorporada en el artículo 13, núm.2 de la C 169 de la OIT y en el artículo 26, núm.1 de la DNUDPI.

¹¹ La principal jurisprudencia sobre los derechos de propiedad de los territorios indígenas está en las siguientes decisiones de la Corte IDH: Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, n 172. (en adelante Saramaka Vs. Surinam); Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam – Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008. Serie C, n 185 (en adelante sentencia de interpretación caso Saramaka Vs. Surinam); *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (en adelante Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, (en adelante *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*) y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125 (en adelante *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*). Todos los casos disponibles en: www.corteidh.or.cr

¹² La jurisprudencia de la Corte IDH trata tanto de los derechos de los pueblos indígenas como de las comunidades tradicionales no indígenas que pueden ser equiparadas a pueblos tribales en América tales como las comunidades de afro descendientes. “este Tribunal declara que se debe considerar a los miembros del pueblo Saramaka como una comunidad tribal y que la jurisprudencia de la Corte respecto del derecho de propiedad de los pueblos indígenas también es aplicable a los pueblos tribales dado que comparten características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo” Caso Saramaka Vs. Surinam. Párr. 86.

¹³ *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. Párr. 124-131.

¹⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párr. 118. También *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 137.

reconocer a los pueblos indígenas la titularidad de un tipo de propiedad totalmente diferente a la propiedad individual, más comúnmente conocida y protegida por la mayoría de los sistemas jurídicos del continente¹⁵.

“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. **Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios**; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”¹⁶

Otro elemento que merece destacarse en las reglas jurisprudenciales definidas por la Corte IDH sobre este tema, tiene que ver con la afirmación contundente de que el derecho al territorio de los pueblos indígenas no depende de la existencia de títulos de propiedad reconocidos por la legislación doméstica de cada país, ya que este tiene su origen en la simple ocupación tradicional del territorio y no en su reconocimiento formal.

“Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias – pero que carecen de un título formal de propiedad – la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”¹⁷.

El título de propiedad tiene importancia en la medida en que él representa una mayor garantía de permanencia de los pueblos indígenas en sus territorios y de esa forma, es exigible que los Estados titulen los territorios tradicionalmente ocupados o utilizados por los pueblos en cumplimiento de su obligación de protección y garantía del uso y goce de los territorios y sus recursos naturales por parte de los pueblos interesados, a través de instrumentos jurídicos idóneos para tal fin.

“La Corte ha sostenido, en otras ocasiones, que más que un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, los integrantes de pueblos indígenas y tribales deben obtener **el título de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.**”¹⁸ (El destacado es del autor).

“La Corte dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole **necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados, y asegurar por lo tanto el uso y goce de estos territorios.** Estas medidas deberán incluir la creación de un

¹⁵ Esa dimensión colectiva de la propiedad indígena es explícita en el artículo 13, núm. 2º de la C169 de la OIT y en el artículo 25 de la DNUDPI.

¹⁶ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Párr. 149

¹⁷ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Párr. 151. Así como en los casos *Mowi Vs Surinam*. Párr. 131 y *Caso Surinam Vs. Surinam*. Párr. 128.

¹⁸ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*, párr. 153; *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 215, y *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 209.

mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales.”¹⁹ (El destacado es del autor).

Finalmente, para países como la Guyana que no ratificaron la Convención Americana, la jurisprudencia internacional se aplica a partir de la interpretación del derecho de propiedad incorporado en la Declaración Americana sobre los Derechos del Hombre, que fue aprobada con el voto favorable de la Guyana²⁰. Además, la Comisión está facultada por el artículo 20 de su Estatuto y por los artículos 49 y 50 de su Reglamento para recibir y examinar toda petición que contenga una denuncia de presuntas violaciones de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana, en relación con los Estados Miembros de la OEA que no son parte de la Convención Americana²¹.

Por ejemplo, en el caso *Maya de Toledo Vs. Belice*, la CIDH reconoce el derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras a partir del sistema costurero de relaciones de los pueblos indígenas mayas con sus territorios, independiente de la existencia de legislación doméstica que reconozca tal derecho. En el mencionado caso, la CIDH entendió que el Estado de Belice tiene la obligación de reconocer y proteger las tierras indígenas de los pueblos mayas que habitan en su territorio en reconocimiento de los derechos originarios de estos pueblos sobre las tierras y recursos naturales que garantizan su sobre vivencia.

“La Comisión, por la vía de sus informes o peticiones individuales y sobre la situación general de derechos humanos en los Estados Miembros, así como en su autorización de medidas cautelares, se ha pronunciado acerca de la necesidad de que los Estados adopten medidas para restablecer, proteger y preservar los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios ancestrales. **También ha sostenido que el respeto por los derechos colectivos de propiedad y posesión de los pueblos indígenas a las tierras y territorios ancestrales constituyen una obligación de los Estados Miembros de la OEA y que el incumplimiento de esta obligación comporta responsabilidad internacional de los Estados.** De acuerdo con la Comisión, el derecho de propiedad amparado por la Declaración Americana, debe ser interpretado y aplicado en el contexto de las comunidades indígenas con la debida consideración por los principios que se relacionan con la protección de las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos. **Se ha sostenido que esto incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus diversas y específicas formas y modalidades de control, propiedad, uso y goce de los territorios y bienes, y al reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a la tierra, los territorios y los recursos que han ocupado históricamente.**”²²

Cabe destacar aquí que el derecho al territorio de los pueblos indígenas está necesariamente vinculado con el derecho al uso y goce de los recursos naturales.

¹⁹ *Caso de la Comunidad Moiwana*, párr. 209

²⁰ La Declaración Americana constituye una fuente de obligación jurídica internacional para todos los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, incluida Guyana. <http://www.oas.org/documents/spa/memberstates.asp>

²¹ Véase también Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Ser. A. N° 10 (1989) (en adelante, “Opinión Consultiva OC-10/89”), párr. 35-45; CIDH, *James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos*, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-87, párr. 46-49; Carta de la OEA, artículos 3, 16, 51, 112 y 150.

²² CIDH, *Caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo c. Belice*, caso 12.053 Informe 40/04, *Caso Indígenas Maya de Toledo c. Belice*, 12 de octubre de 2004. Párr. 115

En efecto, no tendría ningún sentido reconocer un derecho independiente del otro, así el derecho al territorio incluye los derechos “a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización” (num.2, art. 26 de la DNUDPI) y que, como veremos, abarca dimensiones políticas de control, administración y disposición de los territorios y los recursos naturales en función de las opciones de desarrollo social, económico y cultural que hagan libremente los pueblos indígenas.

Vale la pena destacar que el derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus territorios no está limitado al desarrollo de actividades estrictamente tradicionales, ya que tales actividades, así como los propios pueblos indígenas, vienen siendo modificadas y adaptadas a los diferentes desafíos y contextos económicos, sociales y culturales de los cuales hacen parte. De hecho los pueblos indígenas producen excedentes que comercializan para la adquisición de bienes y servicios que no disponen internamente, y que muchas veces no hacen parte de sus actividades tradicionales, pero que con las demandas actuales de consumo cada vez son más imprescindibles para su manutención como colectivos.

En ese orden de ideas, es importante reconocer plenamente las dimensiones del derecho de propiedad que los pueblos indígenas ejercen, sin introducir a este más limitaciones y restricciones que aquellas exigidas a los propietarios no indígenas en el marco del cumplimiento de la función social y ecológica que los territorios indígenas también deben cumplir en el marco de los países de los cuales hacen parte.

Al respecto el artículo 20 de la DNUDPI señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus instituciones o 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**”.

A continuación, analizaremos las normas y jurisprudencia aplicable a la región de la cuenca Amazónica sobre los derechos referentes a los recursos naturales existentes en los territorios indígenas, sean estos titulados y jurídicamente reconocidos o no.

2. DERECHO DE USO Y GOCE DE LOS RECURSOS FORESTALES DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS AMAZÓNICOS.

Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio así como el derecho de ser titulares de la tierra que han ocupado tradicionalmente. El artículo 15, núm. 1º del C169 de la OIT explícitamente menciona la obligación de los Estados de proteger especialmente los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos interesados, y la DNUDPI señala que los pueblos indígenas tienen derecho a los recursos que tradicionalmente han poseído y ocupado así como a la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos²³.

Es evidente que sin garantía del usufructo de los recursos naturales para los pueblos indígenas, el reconocimiento de los derechos territoriales no produce ningún efecto sobre el objetivo de garantizar las condiciones necesarias para la subsistencia adecuada y conforme a los usos y costumbres de estos pueblos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en

²³ Artículos 25 y 29 de La DNUDPI.

riesgo²⁴. De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo y hacer posible el derecho de autodeterminación a ellos reconocido²⁵, y así disponer políticamente de su futuro²⁶.

“A fin de garantizar el ejercicio de sus derechos a libre-determinación, los pueblos indígenas tienen el derecho a sus tierras ancestrales que incluye sus **derechos a “administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con sus derechos consuetudinarios y sistema de propiedad.”**”²⁷
(El destacado es del autor)

De hecho, para efectos de la supervivencia de los pueblos indígenas, es más importante garantizar el uso, goce y control permanente de los recursos naturales utilizados tradicionalmente por ellos, al lado del derecho de autodeterminación que el mismo título “formal” de propiedad convencional de la tierra. Por ejemplo, en Brasil, el Estado no transfiere la titularidad de la propiedad a los pueblos indígenas, pero reconoce el derecho de usufructo exclusivo de éstos sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, manteniendo la nuda propiedad en cabeza de la Unión con la condición constitucional de inalienabilidad de la misma. La verdad, la fórmula de la constitución federal brasilera lo que pretende es garantizar la pose permanente y el usufructo exclusivo de los territorios en cabeza de los pueblos indígenas.

En ese mismo sentido la Corte IDH ha señalado que: “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**”²⁸.

²⁴ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 137, y Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118.

²⁵ Importante aclarar que en el contexto de la legislación internacional sobre pueblos indígenas, el derecho de autodeterminación no implica la legitimación de acciones separatistas de los pueblos indígenas, al contrario se trata de un derecho que reconoce la posibilidad de coexistencia de los proyectos de vida de los pueblos indígenas con las normas e instituciones de los Estados de los que hacen parte y a los cuales se incorporan en pie de igualdad y respeto.

²⁶ Esa interpretación es imposible en virtud de la disposición explícita en el artículo 46.1 de La DNUDPI que reza: “ Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrario a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.” (El destacado es del autor).

²⁷ Caso Pueblo Saramaka, párr. 194 (c)

²⁸ Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 124 y 137, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 118 y 121 y Caso Saramaka párr. 121.

A la hora de interpretar el alcance del derecho de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales necesarios para su subsistencia es fundamental evitar las interpretaciones restrictivas de la mencionada garantía. Ha resultado un argumento común, utilizado por algunos Estados que pretenden explotar recursos minerales en tierras indígenas, alegar que los pueblos indígenas no tienen ningún tipo de derecho sobre, por ejemplo, los recursos del subsuelo porque estos no hacen parte del conjunto de recursos utilizados tradicionalmente por los pueblos indígenas para su subsistencia. Nada más equivocado y desarticulado de cualquier interpretación plausible del derecho indígena al uso y goce de los recursos naturales de sus territorios, ya que la existencia y oferta de cierto tipo de recursos naturales depende de la existencia, disponibilidad y control de otros tipos de recursos existentes en el territorio.

Es necesario comprender de manera amplia el valor y uso de cada recurso natural existente en el territorio indígena, todos los cuales hacen parte de un conjunto integrado capaz de proveer las condiciones necesarias para la existencia del pueblo, y por tanto no pueden ser analizados como insumos individualmente considerados.

Al respecto la propia Corte IDH ha señalado que: “El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. **La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros.** De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (*supra* párr. 82-83 e *infra* párr. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. **Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia** de los Saramakas.”²⁹

Lo anterior tampoco quiere decir que el derecho al territorio y al uso y goce de los recursos naturales de los pueblos indígenas son derechos absolutos, sin estar condicionados a las afectaciones normales que cualquier propiedad tiene respecto al cumplimiento de su función social y ecológica en el contexto de los Estados en los cuales están inmersos. En ese sentido, la Corte IDH ha desarrollado criterios para definir las condicionantes necesarias, y siempre excepcionales, en las cuales es posible restringir el derecho de uso y goce colectivo de la propiedad que tienen los pueblos indígenas sobre los territorios que tradicionalmente utilizan.

Así, por ejemplo, de la misma manera que los recursos del subsuelo son de propiedad del Estado aun cuando estos se encuentran en propiedades particulares, dichos recursos dentro de tierras indígenas también son propiedad del Estado, sólo que a diferencia de una propiedad particular cualquiera, para su aprovechamiento en tierras indígenas el Estado debe seguir un procedimiento que garantice la participación efectiva de los pueblos, la distribución razonable de beneficios y la realización de estudios de impacto socio ambiental independientes, antes de desarrollar cualquier tipo de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios.

²⁹ Caso Comunidad Saramaka, Párr. 127.

En ese sentido el núm. 2º del artículo 15 del C 169 de la OIT dispone que: “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.”

Lo anterior debe necesariamente interpretarse a la luz de la DNUDPI, específicamente, el artículo 32 que complementa el citado artículo 15 de la C169, en la medida en que contextualiza la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y el derecho de los pueblos de “determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”.

Para este tipo de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas la Corte IDH ha definido de manera genérica cuatro condicionantes derivadas de su interpretación del artículo 21 de la CADH³⁰, más una quinta condicionante específica para restricciones al derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas:

- 1) que hayan sido previamente establecidas por ley;
- 2) que sean necesarias;
- 3) que sean proporcionales
- 4) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática,³¹ y
- 5) que no pongan en peligro la subsistencia del pueblo como tal.

Al respecto de la última condicionante, la Corte afirma que: “Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial **al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.**”³²

Y cuando la Corte habla de subsistencia del grupo y sus individuos, no está haciendo referencia a la simple o mera subsistencia física de estos, sino a la subsistencia del pueblo como tal, con sus tradiciones y cultura independiente de la restricción al derecho de propiedad que este pueda sufrir sobre su territorio. En otras palabras, la Corte está identificando como un límite cierto y verdadero al derecho de

³⁰ El artículo 21 de la Convención establece que “la ley podrá subordinar [el] uso y goce de [los bienes] a los intereses de la sociedad”. Por ello, la Corte ha sostenido que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones mencionadas en el texto sean cumplidas.

³¹ *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 144-145 citando (*mutatis mutandi*) *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. párr. 155, también, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, párr. 137.

³² *Caso Saramaka*, párr. 129.

intervención del Estado sobre el territorio indígena la sobrevivencia física y cultural de los pueblos. Sí esto está en peligro, el Estado no podrá intervenir o restringir su uso, independiente de la justificativa que tenga, ya que lo que está en juego, en estos casos, es el derecho fundamental a la vida colectiva del pueblo.

Finalmente, debido a la necesidad de definir explícitamente los límites y alcances de la quinta condicionante mencionada, la Corte IDH definió a su vez tres garantías mínimas que los Estados deben cumplir con el fin de garantizar que las restricciones impuestas al derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas no deriven en denegaciones de su subsistencia.

En ese orden de ideas la Corte afirma que siempre que se impongan limitaciones al uso y goce del territorio indígena se debe garantizar como mínimo:

1. La **participación efectiva** de los miembros del pueblo en relación con “todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio”³³.
2. La **participación razonable de los beneficios** del plan de desarrollo o inversión³⁴ que se ejecute dentro o que afecte el territorio indígena³⁵, y
3. La realización de **estudios previos de impacto social y ambiental** realizados por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado³⁶.

De las tres garantías citadas tienen especial importancia para la comprensión y alcance de la primera de ellas, la cual en verdad se traduce en el derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado que tienen los pueblos indígenas sobre las decisiones que envuelven sus derechos directamente, que a su vez es fundamental para garantizar el control y permanencia de los recursos naturales que viabilizan la subsistencia de los pueblos en sus territorios.

Estando claro que los pueblos indígenas son titulares de los territorios que tradicionalmente ocupan y de los recursos naturales en ellos existentes, y al mismo tiempo concordando en que los citados derechos no son absolutos, resta analizar cuál es el poder de participación real de los pueblos indígenas en las decisiones que restringen y limitan esos derechos, y cuál el alcance del derecho de autodeterminación y autonomía de los pueblos para definir sus propios planes de desarrollo social y económico, en el marco de los proyectos y planes de desarrollo de los Estados dentro de los cuales están inmersos.

A continuación analizaremos las normas y jurisprudencias aplicables en la región de la cuenca Amazónica sobre los derechos de consulta, autodeterminación y personería jurídica de los pueblos indígenas.

³³ *Ibidem*, párr. 130.

³⁴ Como [...] “plan de desarrollo o inversión” la Corte supone cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio Saramaka, en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras.” En la nota del párrafo 129 del caso Saramaka.

³⁵ La garantía en la participación de beneficios de los pueblos indígenas en los casos de aprovechamiento de recursos naturales en sus tierras está incorporada explícitamente en el numeral 2º del artículo 15 de la C 169 de la OIT y en el artículo 32 de la DNUDPI.

³⁶ *Caso Saramaka*, párr. 149

3. DERECHO DE CONSULTA Y CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO.

El derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado sobre las decisiones administrativas y legislativas que afectan los pueblos indígenas está reconocido explícitamente en los artículos 2, 4, 6, 7, 13, 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT, y en los artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 de la DNUDPI. Su principal énfasis es sobre la garantía de procedimientos y representatividad idónea para facilitar la participación efectiva de los pueblos en las decisiones que les afectan. Su principal efecto político es la obligación del Estado de evitar decisiones unilaterales con relación a estos pueblos, sus territorios y los recursos naturales en ellos existentes.

Su contenido principal hace referencia al derecho de los pueblos a participar efectivamente de las decisiones referentes a la definición de: “prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”. De esa forma, el numeral 2º del artículo 32 de la DNUDPI señala que:

“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.” (El destacado es del autor).

El derecho de consulta o consentimiento es fundamentalmente un derecho *procesal*, su importancia siempre dependerá de los *derechos materiales* objeto de decisión. Su valor como derecho independiente no va más allá de garantizar las *formas* que faciliten una relación bilateral respetuosa con el *objetivo de llegar a un acuerdo* entre partes, que a su vez debe ser competente para obligarse mutuamente³⁷.

La consulta debe garantizar un poder de influencia de los pueblos indígenas sobre las decisiones que los afectan, pero el peso de esta influencia no puede ser siempre el mismo, menos aún si se trata de sociedades plurales en las cuales ningún grupo debe tener el poder de imponer sus decisiones a los demás. Así, el poder de

³⁷ Últimamente el *derecho de consulta* viene siendo llamado de *derecho al consentimiento*, como una forma de reformular y superar las interpretaciones mal intencionadas que hicieron de su aplicación vulgar, eventos de legitimación de decisiones autoritarias que han sido impuestas a los pueblos indígenas y tribales en diferentes países del propio continente americano. Muchas, vergonzosas e innegables han sido las experiencias en ese sentido. Hoy el concepto de consulta está muy desacreditado en los movimientos latino-americanos por causa de esto, ya nadie usa la palabra *consulta* para hacer referencia al derecho legítimo de participación efectiva que tienen los pueblos indígenas y tribales de las decisiones que los afectan directamente. Ahora, el hecho político del derecho de consulta está desacreditado, y no puede, ni debe llevar a confusiones conceptuales donde todos tendemos a perder sobre las conquistas jurídicas del pasado.

Este texto se aleja deliberadamente de lo que considera un falso debate entre *consulta* y *consentimiento*, entendiéndolo que tanto uno como otro hacen referencia al mismo derecho legítimo de *participación política*, y que el concepto de *consentimiento*, no es más que un efecto jurídico posible, y muchas veces necesario (como lo evidencia el caso Saramaka) de un proceso de consulta, pero que de ninguna manera se trata de un derecho de naturaleza diferente al derecho de consulta al que se refieren las normas internacionales.

Algunas manifestaciones del debate actual sobre el tema pretenden contraponer de manera excluyente el derecho de consulta asimilado al Convenio 169 de la OIT, del concepto de consentimiento relacionado con la DNUDPI, lo que constituye un absoluto error político y de interpretación jurídica. Nada más contrario al espíritu de ambos instrumentos internacionales, los cuales son totalmente compatibles y complementarios entre sí en lo que se refiere al derecho de participación política de los pueblos y los dispositivos jurídicos por ellos definidos para tal efecto, sea ellos para llegar a un acuerdo o para obtener el consentimiento de los derechos afectados por una decisión concreta.

influencia de los consultados sobre cada decisión siempre dependerá de los derechos materiales involucrados en cada consulta.

Vale la pena citar un breve trecho de la decisión de la Corte IDH al respecto: “ *Es más significativo aún mencionar que el Estado (Surinam) reconoció, asimismo, que el “nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión”. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros de pueblos Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblos Saramaka, según sus costumbres y tradiciones*”.

La decisión citada evidencia la existencia de casos en los cuales los derechos involucrados en la decisión consultada son tan fundamentales que no hay lugar a dudas con relación a la necesidad de obtener el consentimiento del pueblo afectado. En ese tipo de casos lo que está en juego no es el derecho de consulta sino el derecho a la supervivencia física y cultural del pueblo, no hay lugar para el debate relativo a si la consulta en ese caso tiene alcance de veto o no, esa ponderación no tiene sentido en ese tipo de casos, no se trata más de un problema de participación en el proceso de toma de decisiones, se trata de un problema de supervivencia de un pueblo, lo que hace imposible confundir ambas cuestiones.

Rodolfo Stafenhagem como relator Especial de las Naciones Unidas para pueblos indígenas afirmó: “*es esencial el consentimiento libre previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas con relación a grandes proyectos de desarrollo*”. Es evidente que no es posible disociar la consulta y su efecto jurídico de los derechos materiales involucrados en la decisión consultada, ya que en algunos casos ella tendrá implícita la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos directos afectados como pre requisito ineludible para tomar la decisión, pero en otros casos no necesariamente, y en ellos la decisión deberá ser compartida entre el Estado y los pueblos interesados.

Así la Corte IDH señala que: “en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el **consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales**”.³⁸

Cuando los casos de consulta son cuidadosamente analizados, sin caer en generalizaciones abusivas, es posible percibir que el debate abstracto referente al veto no es fecundo y por el contrario desplaza la importancia de la naturaleza procesal que tiene el derecho de consulta, otorgándole muchas veces más

³⁸El CEDR ha observado que “[en] cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades”. Comité de Naciones Unidas 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, 2003)*, ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

importancia a este mero procedimiento que a los derechos materiales en juego en cada decisión, lo que implica una inversión de fuerzas y atención para lugares totalmente equivocados.

En los procesos de consulta nada es más importante que los procedimientos, pero en el resultado jurídico de estos procedimientos nada puede ser más importante que los derechos sustantivos en ellos ponderados. Al final, la consulta no debe ser más trascendente que el asunto al cual ella está sirviendo.

Adicional a la discusión que existe con relación al veto, hay muchas otras cuestiones relativas a las características básicas del derecho de consulta, sobre las cuales se ha avanzado en la jurisprudencia internacional, que vale la pena mencionar como las condiciones mínimas de aplicación de este derecho sobre las cuales hay consenso.

Por tanto, además de las condiciones explícitas en las normas internacionales mencionadas al comienzo de este acápite, el cumplimiento de la obligación de consulta del Estado sobre las decisiones que limitan el uso y goce colectivo del territorio indígena implica que: a) el Estado no puede delegar dicha obligación en terceros, mucho menos en empresas particulares encargadas de ejecutar emprendimientos económicos dentro o que afectan tierras indígenas; b) los procedimientos, tiempos y formas de toma de decisión de los pueblos indígenas tendrán que ser respetados y debidamente incorporados al proceso de consulta; c) los pueblos indígenas siempre deben contar con la posibilidad de estudios y análisis técnicos independientes que les ayuden a evaluar las consecuencias de las decisiones discutidas en relación a su futuro como pueblos, y d) la decisión objeto de consulta siempre debe incorporar el contenido y resultado de la misma, los cuales deben reflejarse claramente en la decisión final.

Es posible resumir los requisitos para el cumplimiento del deber de consulta en las palabras de la Corte IDH así:

“Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, 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. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones³⁹”.

³⁹ En *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado” requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso, y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe 40/04, fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo*, *supra* nota 84, párr. 142. *Cfr.* También, los Principios del Ecuador, Principio 5.

Por último, vale la pena aclarar que la reglamentación de este derecho es una cuestión de perfeccionamiento jurídico y no un requisito para su aplicación, debido a que todos los elementos necesarios para tal están colocados en las normas generales referidas anteriormente, hoy el desafío consiste en su verdadera implementación y no más en su consagración y desarrollo normativo⁴⁰.

Reconociendo que los pueblos indígenas son los legítimos propietarios y titulares de los territorios y recursos naturales que han usado tradicionalmente, y que el Estado puede, de forma excepcional, restringir y limitar dichos derechos siempre y cuando consulte u obtenga el consentimiento de los pueblos indígenas, y cumpla con los demás requisitos establecidos en la jurisprudencia regional y en las normas internacionales. Está claro que, en ejercicio del derecho de autodeterminación de los pueblos solamente estos pueden comprometerse con actividades que envuelven la administración, distribución, uso y control de los recursos naturales en sus territorios, siendo los únicos competentes para discutir la implementación de eventuales actividades de REDD en sus tierras.

Siendo así, resta analizar la capacidad jurídica de los pueblos indígenas, como sujetos colectivos de derechos, para ser los titulares de eventuales contratos de REDD y los directos beneficiados de las compensaciones derivadas de las actividades que los mecanismos de REDD traigan consigo.

LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS COMO SUJETOS COLECTIVOS DE DERECHOS SOBRE SUS TERRITORIOS.

El derecho a la personería jurídica es definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones,⁴¹ “representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”⁴². Así comprendido, si los pueblos indígenas son reconocidos como un sujeto de derechos colectivos, la consecuencia jurídica directa de dicho reconocimiento es el otorgamiento por parte de los Estados de personería jurídica a los pueblos para ejercer y defender judicial y extrajudicialmente sus derechos y obligaciones.

La Corte IDH “ha tratado en otras ocasiones el tema del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas y ha sostenido que **los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares**”⁴³.

Es importante aclarar en este punto que, el reconocimiento de la personalidad jurídica del pueblo indígena no es excluyente con los derechos individuales de

⁴⁰ La OIT es clara en insistir en que el derecho de consulta es de aplicación directa y que no requiere de ningún tipo de reglamentación para su aplicación inmediata. Así la CEARC en el proceso GB. 282/14/3 afirma que: “El Comité observa que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarles directamente, así como la obligación del gobierno de consultar previamente con los pueblos interesados, nace directamente del Convenio núm.169 y no del reconocimiento de este derecho en la legislación nacional”.

⁴¹ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 188. También Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Consideración de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 40 del Pacto, Observaciones Finales respecto de Gabón, ONU Doc. CCPR/C/31/ADD.4, 18 de noviembre de 1996, párr. 54.

⁴² Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 188.

⁴³ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párr. 189.

reconocimiento de personalidad jurídica de los miembros de cada pueblo para el ejercicio y goce de otros derechos, como el derecho a la vida y a la integridad personal⁴⁴.

Los pueblos indígenas son titulares de los derechos colectivos sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado, así como el derecho al uso y goce de sus recursos naturales, su administración, control y distribución, por lo tanto son los únicos jurídicamente capaces de disponer sobre la destinación de los recursos forestales existentes en sus tierras. En esa medida, son los pueblos indígenas los únicos con la capacidad jurídica para comprometerse con actividades forestales vinculadas a la reducción de emisiones de GEI, tales como reforestación, manejo forestal, deforestación evitada y conservación de áreas dentro de sus territorios.

Así, con relación a la titularidad jurídica de los créditos de carbono de los pueblos indígenas, derivados de actividades realizadas en sus tierras, en las normas internacionales actualmente vigentes no excluyen la posibilidad de que estas colectividades presenten y ejecuten proyectos de MDL forestal⁴⁵, o participen de proyectos de REDD en el mercado voluntario de carbono. El régimen internacional sobre cambio climático reconoce la capacidad y titularidad indígena para el desarrollo de proyectos de reducción de emisiones de GEI en sus tierras.

Por fin, resta aclarar que, siendo la tierra indígena reconocida como propiedad colectiva de uno o varios pueblos indígenas, también es colectiva la titularidad del uso y goce de los recursos naturales. Consecuentemente, es colectiva la titularidad de los créditos de carbono generados por las actividades de deforestación evitada, recuperación y conservación de florestas dentro de tierras indígenas.

En la hipótesis de haber una multiplicidad de pueblos y comunidades indígenas en una misma tierra, la representación colectiva para el goce de derechos que inciden sobre recursos colectivos, como pueden ser las actividades generadoras de créditos de carbono, deberá obedecer a la forma de organización social indígena, respetando sus usos, costumbres, tradiciones y acuerdos de autoridad internos. Al depender de los acuerdos internos entre los pueblos y comunidades envueltas, la representación colectiva puede darse por medio de personas jurídicas o representantes indicados por las comunidades y pueblos indígenas⁴⁶.

CONCLUSIÓN REGIONAL.

Los países de la cuenca Amazónica comparten un cuerpo jurídico y un conjunto de instituciones regionales que reconocen y protegen los derechos originarios de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente sus territorios y recursos naturales según sus usos y costumbres.

En principio, las normas y jurisprudencia internacionales, aplicables a la casi totalidad de los países que comparten la cuenca Amazónica (exceptuando la Guyana francesa), constituyen una estructura jurídica suficiente para garantizar a los pueblos indígenas la definición libre y consciente de las opciones de desarrollo

⁴⁴ *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, párr. 188-190.

⁴⁵ Ver requisitos de elegibilidad de participantes de proyectos MDL en: <http://cdmrulebook.org/PageId/69>

⁴⁶ "La cuestión de si algunos miembros auto-identificados del pueblo Saramaka pueden afirmar ciertos derechos comunales en nombre de la personalidad jurídica de dicho pueblo es una cuestión que debe resolver sólo el pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no el Estado o esta Corte en el presente caso". (El destacado es del autor) *Caso Pueblo Saramaka*, párr. 159.

social, económico y cultural de sus territorios. Dentro de estas opciones están necesariamente incluidas actividades tradicionales como no tradicionales de los pueblos amazónicos en el manejo y uso de sus territorios y recursos naturales, siempre y cuando estos cumplan con las restricciones ambientales derivadas de la función ecológica de sus propiedades, en igualdad de condiciones con los demás propietarios no indígenas de la región.

El derecho de propiedad colectiva reconocido a los pueblos indígenas es atípico y particularismo a cada pueblo, no es un derecho de naturaleza absoluta que carezca de obligaciones y deberes sociales. En ese sentido, su ejercicio debe ser compatible tanto con la legislación ambiental de cada país para la región Amazónica, como con los usos, costumbres y tradicionales que caracterizan la relación de los pueblos indígenas con sus territorios.

El anterior desafío es principalmente latente en la gran cantidad de territorios indígenas de la cuenca que actualmente se encuentran traslapados con áreas naturales protegidas o unidades de conservación de uso restricto donde aún no se compatibilizan los derechos indígenas con los derechos ambientales constituidos sobre áreas consideradas estratégicas para la conservación del bioma, pero que no por eso pueden negar el derecho de los pueblos indígenas de desarrollar sus proyectos de vida con sus propios recursos en sus propios territorios.

Independiente de las particularidades jurídicas y políticas de cada país, lo cierto es que las condiciones jurídicas básicas para que eventuales proyectos de REDD puedan beneficiar a los pueblos indígenas están dadas en la mayoría de la región. Su alcance real va a depender todavía de la definición que de estos mecanismos se haga en la COP 15 durante diciembre de 2009 y de los acuerdos nacionales que concreten las legislaciones domesticas al respecto. Tanto para los primeros como para los segundos, la participación de los pueblos indígenas es indispensable para garantizar una armonización jurídica consecuente con las normas existentes y las reivindicaciones políticas de los actuales movimientos indígenas en la amazonía.

III. Derechos de los pueblos indígenas y viabilidad jurídica de eventuales proyectos de REDD en territorios indígenas de la cuenca Amazónica.

A continuación presentaremos el análisis jurídico realizado para los seis países de la cuenca Amazónica comparados, sobre la posibilidad de los pueblos indígenas ser los directos ejecutores y beneficiarios de eventuales proyectos de REDD en sus territorios. Nuestro breve diagnóstico se orientó por la estructura temática de cinco preguntas o problemas jurídicos, que intentamos responder a la luz de cada legislación nacional y el contexto de la legislación internacional ratificada e incorporada en cada sistema jurídico.

Nuestras preguntas pretenden principalmente responder a la cuestión de si los pueblos indígenas tienen control y disposición real sobre los recursos forestales localizados en sus territorios, y si estos tienen la capacidad jurídica plena para ser los ejecutores y beneficiarios directos de proyectos que involucren el manejo, conservación y disposición de los bosques nativos que constituyen su hábitat y territorio tradicional.

Al finalizar los análisis nacionales presentamos nuestras consideraciones a nivel regional sobre las oportunidades específicas de desarrollar eventuales proyectos de REDD en los territorios indígenas de la región Amazónica.

Bolivia.

Introducción

Bolivia⁴⁷ es sin duda el país de la cuenca Amazónica que actualmente cuenta con la más completa y garantista legislación referente a derechos de los pueblos indígenas. Además de reconocer los derechos tradicionales sobre tierra y recursos naturales, la legislación boliviana es amplia y rica en reconocimientos políticos de gestión y autonomía indígena que fortalecen la gobernabilidad de sus autoridades propias.

La gran innovación de la Nueva Constitución Política del Estado boliviano, y al mismo tiempo, el gran desafío político del país es la transición de las Tierras Comunitarias de Origen (en adelante TCOs) a los regímenes de Autonomías Indígenas, las nuevas divisiones político administrativas de carácter local. La transición de unas para otras, representa un salto cualitativo de derechos de propiedad a derechos de gobierno indígena.

Son muchas las expectativas que se tejen sobre la nueva institucionalidad jurídica del país, así como sobre el gobierno indígena de Evo Morales. Sin embargo, en este corto tiempo de administración, los avances normativos se han visto empantanados por las dificultades administrativas y burocráticas de implementación. Con relación a los pueblos indígenas, quizá el ejemplo más patente de lo anterior es lo relativo al

⁴⁷ Para la ejecución y análisis de la legislación boliviana fue de excepcional valor las extensas y pacientes explicaciones del abogado indigenista Miguel Vargas, delegado del área jurídica del CEJIS, Regional La Paz.

derecho de consulta libre, previa e informada. La paradoja consiste en que Bolivia cuenta con la más completa reglamentación sobre la materia, y al mismo tiempo no consigue implementar adecuadamente sus propias normas para garantizar el derecho de consulta a los pueblos indígenas, pues casi a diario las organizaciones indígenas bolivianas denuncian el incumplimiento de la consulta.

Con relación a las normas de cambio climático y la participación de Bolivia dentro de la definición de normas relativas a la reducción de GEI en su territorio, los movimientos indígenas denuncian no haber participado de la definición de los principales instrumentos de políticas públicas al respecto. Y a pesar de que Bolivia ratificó todas las normas internacionales, aún no existe una reglamentación nacional específica sobre el tema.

Independiente de los problemas de participación política en las decisiones nacionales, los pueblos indígenas de la Amazonía boliviana vienen ejecutando el “programa subnacional de REDD indígenas en la Amazonía boliviana”, el cual busca, entre otros objetivos, ser un proyecto piloto de este tipo de iniciativas que ayude a subsidiar el debate y reglamentación nacional e internacional de los mecanismos de REDD, de forma tal que garanticen los derechos territoriales de los pueblos indígenas y que beneficie directamente a sus comunidades.

A continuación sigue un breve análisis jurídico sobre las normas vigentes consideradas pertinentes para evaluar eventuales proyectos de REDD en territorios indígenas bolivianos.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR ELLOS?

Sí. Las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos son titulares colectivos de sus tierras y territorios en los términos reconocidos por la Nueva Constitución Política del Estado boliviano de febrero de 2009⁴⁸ (en adelante NCPEB) y por los principales instrumentos de derechos humanos relativos a pueblos indígenas, reconocidos e incorporados en el ordenamiento jurídico boliviano como parte del bloque de constitucionalidad con fuerza vinculante⁴⁹.

Así, es posible afirmar que los “pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.” (Artículo 26 de la DNUDPI, ley 3760 de 2007).

Después de más de dos décadas de lucha permanente por el reconocimiento y consagración de derechos territoriales indígenas en la Constitución Política de Bolivia, en la Carta de 2009 se consigue garantizar una amplia gama de derechos que atienden la diversidad de los pueblos indígenas presentes tanto en las llamadas

⁴⁸ **NPCE de 2009. 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 indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) 6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.

⁴⁹ **NCPE. Artículo 410.** I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución. II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. **El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos** y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. (El destacado es del autor).

tierras altas, como en las tierras bajas (la región Amazónica del país), en las que viven más de 30 pueblos y naciones indígenas en situaciones territoriales muy diferentes⁵⁰.

El artículo 394 de la NCPE señala que “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 y irreversible.**”.

La propiedad a la que se refiere el citado artículo hace referencia a las Tierras Comunitarias de Origen o TCOs, las cuales ya habían sido reconocidas por ley en 1996 y es la figura jurídica a través de la cual se viene desarrollando el proceso de titulación colectiva de tierras indígenas en Bolivia. La ley del Servicio de Reforma Agraria (Ley N° 1715 de 18 de octubre de 1996) que, a pesar de anterior a la nueva Carta, está vigente en todo lo que no contradiga el texto constitucional, define las TCOs como “los espacios geográficos que constituyen el hábitat de **los pueblos y comunidades indígenas y originarias**, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles”.

Una de las innovaciones introducidas en la nueva Constitución, fue la de abrir la posibilidad de realizar titulaciones mixtas que combinan títulos colectivos con títulos individuales de propiedad. Así, en el tercer inciso del propio artículo 394, la NCPEB señala que: “Las comunidades podrán ser tituladas reconociendo la complementariedad entre derechos colectivos e individuales, respetando la unidad territorial con identidad”. Esta introducción pretende respetar y conservar la unidad territorial de la comunidad, a pesar de la existencia de títulos individuales, que fueron adquiridos con anterioridad y a los que muchas familias indígenas, principalmente de las tierras altas, no quieren renunciar.⁵¹ La compatibilización interna de este tipo de propiedades será asunto de la jurisdicción propia de las autoridades indígenas en cada caso.

Uno de los puntos más debatidos e importantes en la Constitución de 2009 tiene que ver con el régimen aplicable a la permanencia y manutención del derecho de propiedad agraria para efecto de reforma agraria. En ese sentido, la función social de la propiedad fue cuidadosamente definida en el artículo 397 del texto constitucional, en el cual, además de señalar **el trabajo** como la fuente fundamental para la adquisición y conservación de la propiedad agraria, al hacer referencia a los territorios indígenas y su función social, la NCPEB señala que: “**La función social se entenderá como el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de**

⁵⁰ Varios tipos de conceptos sobre pueblos indígenas han sido acuñados en Bolivia, la principal conceptualización hace referencia a los pueblos indígenas propiamente dichos y de pueblos originarios, ambos pueden incluir el adjetivo de campesinos. Mientras normalmente se hace referencia a los pueblos indígenas como aquellos que viven en las tierras bajas de la región amazónica y en la región chaqueña oriental, los pueblos originarios son identificados como aquellos que viven en las tierras altas de la región del Altiplano y en los valles de Bolivia. El concepto de originarios fue propuesto para diferenciarse del concepto colonialista de indígenas llevado a Bolivia con la invasión española.

⁵¹ “Esta figura despertó susceptibilidad entre las organizaciones indígenas de tierras bajas, quienes, con las propiedades colectivas indivisibles reconocidas por la ley INRA, protegen sus territorios de fenómenos de parcelación y venta de los mismos que suelen generarse ante situaciones de dificultad económica” CEJIS. “Autonomía y Recursos Naturales” Editorial. Revista Artículo Primero. Año 12, Número 19. Pág. 14.

pueblos y comunidades indígenas originario campesinos, así como el que se realiza en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. **En el cumplimiento de la función social se reconocen las normas propias de las comunidades**”

Finalmente, es posible concluir que en Bolivia el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas cuenta en la actualidad con el reconocimiento, protección y garantía en los términos de los más altos parámetros internacionales, al mismo tiempo que contiene particularidades propias del proceso histórico de reivindicación de derechos al territorio indígena en este país, que parece combinar los elementos necesarios para su adecuado ejercicio. Sin embargo, el nuevo texto constitucional es aún muy reciente y con escaso desarrollo legislativo para poder hacer una evaluación jurídica más profunda al respecto.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

Sí. Ese es un derecho medular para los pueblos indígenas de Bolivia que vienen denunciando desde hace más de 20 años la existencia de concesiones forestales a terceros en sus territorios⁵², por este motivo, la titularidad exclusiva de los pueblos sobre los recursos naturales renovable es uno de los derechos incuestionables en la actual carta constitucional. En ese sentido el artículo 388 de la NCPEB indica expresamente que: **“Las comunidades indígenas originario campesinos situados dentro de áreas forestales serán titulares del derecho exclusivo de su aprovechamiento y de su gestión, de acuerdo con la ley.”** Adicionalmente, la NCPEB declara los recursos naturales de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, restando al Estado la obligación de administrarlos⁵³.

Con relación a los recursos forestales específicamente hablando, la Carta política señala que los bosques naturales y los suelos forestales son de carácter estratégico para el desarrollo del pueblo boliviano, lo que no impide que el Estado reconozca derechos de aprovechamiento forestal a favor de comunidades y operadores particulares⁵⁴.

La misma norma constitucional prevé que “la conversión de uso de tierras con cobertura boscosa a usos agropecuarios u otros, sólo procederá en los espacios legalmente asignados para ello, de acuerdo con las políticas de planificación y conforme con la ley.”⁵⁵ En ese sentido, la legislación posterior tendrá que definir los límites de explotación y aprovechamiento forestal de manera tal que se garantice a largo plazo la conservación de los suelos y cuerpos de agua con la definición de las áreas, que la legislación boliviana llama de “servidumbres ecológicas”⁵⁶.

Los anteriores dispositivos son el marco de interpretación relativa al alcance del derecho de uso exclusivo que los pueblos indígenas tienen sobre los recursos forestales existentes en sus tierras. Es decir, su disponibilidad y autonomía de uso no es absoluta y deberá compatibilizarse con las obligaciones ambientales que le

⁵² Solamente ante la OIT las organizaciones indígenas de Bolivia presentaron 3 reclamaciones diferentes relativas a la explotación forestal por terceros en sus territorios. Ver reclamaciones completas en la página oficial de la OIT: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/newcountryframeS.htm>

⁵³ NCPE. Artículo 349.

⁵⁴ NCPE. Artículo 386.

⁵⁵ NCPE. Artículo 389.

⁵⁶ NCPE. Artículo 389. II.

correspondan como a todo tipo de propiedad privada⁵⁷.

A pesar de que la legislación anterior a la NCPEB ya reconocía el derecho de explotación exclusiva de los recursos forestales en cabeza de los pueblos indígenas⁵⁸, concesiones forestales otorgadas en la década del 80 consiguieron mantenerse vigentes hasta hoy. Muchas de las mencionadas concesiones fueron cuestionadas ante la justicia, y la jurisprudencia consolidada sobre la materia argumentó lo siguiente:

“Si bien las reformas constitucionales han introducido el reconocimiento explícito de los pueblos indígenas y su capacidad para aprovechar sus valores, territorios y costumbres, éstas deben armonizarse con el ordenamiento jurídico nacional que lo incorpora y que contiene disposiciones que, independientemente de la discusión sobre temporalidad en el origen de los derechos sobre las tierras comunitarias, deben ser adecuadamente compatibilizados; entre ellos: los derechos de la persona de trabajar y dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita en condiciones que no perjudiquen el bien colectivo, a formular peticiones, a la propiedad privada siempre que cumple una función social, el reconocimiento de los bienes del dominio originario del Estado como son el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, cuya regulación y condiciones de adjudicación a particulares está definida por ley; también deben entrar en consonancia con los instrumentos internacionales como el C169 de la OIT, reconocido como la ley de la República en 11 de junio de 1991, que prevé que las medidas que se adopten para dar efecto al convenio, deben determinarse con flexibilidad y tomando en cuenta las condiciones propias de cada país signatario. Por lo expuesto se establece que Superintendencia General del Sistema de Regulación de Recursos Renovables SIRENARE, y la Superintendencia Forestal, con las facultades conferidas por la ley L. No 1700 (ley forestal),. DS. No 24453, Ley No 1600 del Sistema de Regulación Sectorial y los artículos 60 y 61 del DS. No. 24505 modificados por el DS. No. 24786, han pronunciado correctamente las resoluciones administrativas impugnadas en la demanda, obrando conforme mandan nuestras normas legales, sin violar disposiciones constitucionales ni ley alguna.”⁵⁹

⁵⁷ NCPE. Artículo 358. **“Los derechos de uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales deberán sujetarse a lo establecido en la Constitución y la ley.** Estos derechos estarán sujetos a control periódico **del cumplimiento de las regulaciones técnicas, económicas y ambientales.** El incumplimiento de la ley dará lugar a la reversión o anulación de los derechos de uso o aprovechamiento.” (destacado del autor)

En el caso de los territorios indígenas, el hecho de incumplir regulaciones técnicas, económicas y ambientales, no podrá dar lugar a la reversión o anulación de derechos por el dispositivo del artículo 394 que señala que los territorios indígenas son irreversibles, sin embargo eso no quiere decir que están exentos de las citadas obligaciones.

⁵⁸ **ARTICULO 32º. (Autorización de aprovechamiento en tierras de propiedad privada y en tierras comunitarias de origen) II.** Se garantiza a los pueblos indígenas la exclusividad en el aprovechamiento forestal en las tierras comunitarias de origen debidamente reconocidas de acuerdo al artículo 171º de la Constitución Política del Estado y a la Ley No. 1257 que ratifica el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

⁵⁹ **200005-Sala Plena-1-059 c/ Fiscal General de la República Presidente de la Central de Pueblos Indígenas del Beni y otros - VISTOS EN SALA PLENA:** La demanda contencioso-administrativa formulada por Ernesto Noé Tamo, Hugo Dicarere Méndez y José Tubusa Matarero, Presidente, Vicepresidente y Secretario de Recursos Naturales de la Central de Pueblos Indígenas del Beni, en contra del Fiscal General de la República. Pág. 4. Otras decisiones en idéntico sentido son: 200005-Sala Plena-1-057 Pueblos Nativos Guarayos c/ Fiscal General de la República Directorio de la Central Indígena de la Comunidad de Concepción, Directorio de la Central Indígena Paiconeca de San Javier y Central de Organizaciones de 200005-Sala Plena-1-058 c/ Fiscal General de la República Subcentral de Cabildos Indígenales del Territorio Indígena Multiétnico.

Como se evidencia en la decisión citada, la garantía de derechos particulares concedidos sobre territorios indígenas antes de la vigencia de las nuevas normas parece superar reformas constitucionales, y la propia vigencia de dispositivos internacionales como el C169 de la OIT. En el entendimiento de los jueces bolivianos las concesiones forestales sobrepuestas con territorios indígenas están perfectamente ajustadas a la ley vigente en el momento de su expedición, siendo imposible la aplicación retroactiva del nuevo marco jurídico.

Resta ver cuál será el entendimiento del nuevo tribunal constitucional con relación a las concesiones forestales otorgadas por 40 años, o más, sobre tierras indígenas y que actualmente están en la mitad de su tiempo de ejecución. Considerando que el artículo 30.17 de la NCPEB garantiza el derecho a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio pero **“sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros”**. Es en esta sutil excepción donde puede eventualmente justificarse la manutención de las concesiones forestales que actualmente están sobrepuestas a territorios indígenas.

Con relación a la superposición de áreas naturales protegidas y territorios indígenas la propia Constitución reconoce en su artículo 385. II que: “Donde exista superposición de áreas protegidas y territorios indígenas originarios 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.” Lo que significa que necesariamente tendrán que existir acuerdos de gestión compartida en los cuales los pueblos indígenas deben lograr consensos con las autoridades ambientales sobre sus derechos de uso y goce de recursos naturales en el marco de los objetivos de conservación de las áreas. De cualquier manera, serán las normas internacionales, parte del bloque de constitucionalidad boliviano, las que definirán el marco de los mencionados acuerdos de gestión compartida.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Sí. Los sujetos de derechos colectivos a los cuales la NCPEB reconoce la titularidad de derechos referentes a los pueblos indígenas son las naciones y pueblos indígena originario campesinos definidos en el artículo 30.I como: “toda La colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.”

Ya en la legislación *infra* constitucional anterior a la ley N° 1551/1994, se “reconoce personalidad jurídica a las **Comunidades Indígenas, Pueblos Indígenas, Comunidades Campesinas** y Juntas vecinales”. Para efectos de la aplicación de la mencionada ley se señala que deberá realizarse el “registro de la personalidad jurídica de las **comunidades campesinas, pueblos indígenas** y juntas vecinales en la Sección de Provincia, se hará según la jurisdicción, mediante Resolución de la Prefectura o Subprefectura, en favor de la Organización Territorial de Base”⁶⁰.

⁶⁰ Ley de Participación Popular. **ARTÍCULO 5º (Registro de la Personalidad Jurídica).**

I. El registro de la personalidad jurídica de las **comunidades campesinas, pueblos indígenas** y juntas vecinales en la Sección de Provincia, se hará según la jurisdicción, mediante Resolución de la Prefectura o Subprefectura, en favor de la Organización Territorial de Base que presente documentos

Adicional a esta estructura jurídica de base, los pueblos indígenas y originarios de Bolivia se asocian alrededor de múltiples y diversas organizaciones que ejercen la representación política de los mismos.⁶¹

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Formalmente No. Para comenzar Bolivia es el único país que incorporó la DNUDPI como ley interna, lo que en teoría debería viabilizar la aplicación del derecho de consentimiento libre, previo e informado al que hace referencia los artículos 19 y 32 de la Declaración. Y por otro lado, en la propia NCPEB se garantiza el derecho de “consulta previa obligatoria” en los artículos 30.15⁶² y 352⁶³, sin embargo, los pueblos indígenas de Bolivia continúan demandando, casi diariamente la adecuada aplicación de este derecho, y su reconocimiento en el sentido de la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos antes de realizar cualquier tipo de exploración de recursos naturales en sus territorios.

En el año de 2005 fue expedida la ley de hidrocarburos (ley No. 3058) que incluye un Título exclusivo referente al derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas, campesinos y originarios⁶⁴. Dicha incorporación legislativa fue fruto de las movilizaciones de estos pueblos exigiendo la aplicación del derecho de consulta consignado en los artículo 6º y 15 del Convenio 169 de la OIT, vigente en el país desde 1991, pero sin antecedentes de aplicación eficientes.

comunitarios tales como Libros de Actas, Actas de asambleas, acta de posesión que designe a su representante o autoridades, y/o Reglamentos respectivos, de acuerdo a la naturaleza del peticionante, y previa Resolución afirmativa del Concejo o Junta Municipal correspondiente. Cumplidos los requisitos establecidos precedentemente, la autoridad administrativa competente no podrá negar el registro, siendo responsable de cualquier acción u omisión que incumpla lo establecido en el presente artículo.

⁶¹ Entre las principales organizaciones indígenas del país se encuentra: **AYMARA UTA** (Cultura Aymara), **CICADEKA** (Centro Integral de Capacitación y Desarrollo Kallawayá. Bolivia), **CIDOB** (Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia), **COINCABOL** (Coordinadora de Organizaciones Indígenas-Campesinas de Bolivia), **CONAMAQ** (Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu. Bolivia), Confederación Nacional de Comunidades Interculturales de Bolivia, con sus siglas CNCIB FNMCB-BS, Confederación de Mujeres Indígenas Originarias y Campesinas de Bolivia - Bartolina Sisa, con sus siglas CNMIOCB - BS IAQ (Institución de Amawtas "Qhutiya". Bolivia) PARLAMENTO DEL PUEBLO AYMARA (Aymara. Bolivia) SUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) Las siglas de esta organización son: Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia CSUTCB.

⁶² NCPE. Art. 30, II, 15, 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: (...) 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.

⁶³ NCPE. **Artículo 352.** La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. **En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.** (el destacado es del autor)

⁶⁴ Ver legislación boliviana sobre consulta en: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e-experiencia-americano-sul/bolivia y en: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/29 Para un análisis crítico sobre la legislación vigente y las críticas a su falta de implementación ver: <http://www.cejis.org/>

En el año de 2007, el gobierno expidió el reglamento de consulta y participación de los pueblos indígenas originarios y comunidades campesinas en actividades hidrocarburíferas, mediante el Decreto Supremo No. 29033. Dicha norma establece que los pueblos indígenas deben ser consultados cada vez que se pretenda explotar recursos en tierras comunitarias de origen, propiedades comunitarias y tierras de ocupación y acceso tradicional en dos momentos diferentes: un primer momento antes de la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las actividades, y un segundo momento, antes de la aprobación de los Estudios de Impacto Ambiental Analíticos Integrales. En ambos momentos se deberán contemplar 4 fases de implementación de la consulta, que corresponden a las actividades de: 1) Coordinación e información, 2) Planificación, 3) Ejecución y 4) Concertación.

Según la ley y el reglamento, el resultado de la consulta debe incorporarse en las decisiones sobre viabilidad del emprendimiento y evaluación ambiental, corriendo el riesgo de ser anulados los actos administrativos que implementen el emprendimiento económico, desconociendo las “Actas de Entendimiento” firmadas por el gobierno y los pueblos indígenas consultados.

La legislación boliviana sobre consulta previa es, sin lugar a dudas, la más completa y consistente reglamentación sobre la materia existente en la región. Sin embargo, son reiteradas las quejas y demandas de los movimientos indígenas con relación a la falta de cumplimiento por parte del propio gobierno indígena en su aplicación.

Para dar sólo un ejemplo, en Resolución de la Mesa Indígena Amazónica de 16 de julio de 2009, se señala que las organizaciones indígenas de la Amazonía expresan su apoyo a “todas las acciones que tomen la OPIN, CPILAP y CIDOB en defensa de sus derechos a la consulta en todas las fases y etapas de las actividades hidrocarburíferas, y repudiar las acciones denigrantes que están realizando las Autoridades del Ministerio de Hidrocarburos y Energía en el procesos de exploración del proyecto sísmico 2D”. Todo esto, a pesar de que la ley de hidrocarburos que explícitamente incluye el derecho de consulta está vigente desde hace más de cuatro años, y el reglamento de consulta tiene más de dos años de vigencia. Consecuentemente, es difícil evaluar de forma positiva la implementación de las normas sobre consulta existentes en el país a pesar de su alto grado de adecuación jurídica y técnica en el desarrollo reglamentario del derecho de consulta.

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA BOLIVIANA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

Sí. Bolivia creó en 1995 el Programa Nacional de Cambios Climáticos (PNCC), que actualmente hace parte del Viceministerio de Planificación Territorial y Medio Ambiente dependiente del Ministerio de Planificación del Desarrollo. En 2002, el Gobierno nominó el Viceministerio de Planificación Territorial y Medio Ambiente como la AND y el titular de la Oficina de Desarrollo Limpio (ODL) dependiente del PNCC, creada en septiembre del 2002 mediante Resolución. No. 20/02, es la instancia operativa de la AND. La Oficina de Desarrollo Limpio dependiente del PNCC ha elaborado un **Proyecto de Ley del Carbono denominado Anteproyecto de Ley de Comercio de Emisiones** que no ha sido suficientemente discutido ni remitido al Congreso para su debate y aprobación.

Por otro lado, en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) “Bolivia Digna, Soberna,

Productiva y Democrática Para Vivir Bien” (Lineamientos Estratégicos 2006-2011), se señala que: “El Estado, a través del cambio de la matriz energética, **la forestación, reforestación y conservación, participa en la generación de excedentes en calidad de propietario de los recursos naturales a través de la certificación, negociación internacional, mediante la estrategia de Generación de ingresos por sumideros de carbono a través de forestación y reforestación que posibilitará la venta y distribución equitativa y solidaria de los beneficios generados por la comercialización de bonos de carbono en mercados internacionales emergentes, en el marco del Mecanismo de Desarrollo Limpio.**”⁶⁵. En el mismo plan de desarrollo se anuncia que el gobierno boliviano prevé presentar una reforma normativa de la temática ambiental en la cual se incluye una “Ley de Carbono” aún en el año 2009⁶⁶, sin embargo, hasta el momento no se conoce el proyecto de gobierno sobre el tema.

Los pueblos indígenas denuncian haber sido totalmente excluidos de todos los debates nacionales sobre cambio climático. Reclaman no haber participado de la elaboración del Plan Nacional de Cambio Climático ni del Marco Institucional en Desastres Naturales que envuelve decisiones referentes al control de las emisiones de GEI del país. A pesar de eso, actualmente existe un proyecto piloto de REDD con pueblos indígenas en la Amazonía boliviana liderado por la CIDOB⁶⁷ y el Comité Indígena de Recursos Naturales.

En efecto, la legislación boliviana garantiza el control y uso exclusivo de los pueblos indígenas de los recursos forestales existentes en sus tierras. Es decir, solamente los pueblos indígenas, en el marco de su gestión territorial autónoma, pueden decidir sobre el uso y destinación de las áreas boscosas en sus territorios así como sobre las actividades de recuperación de áreas degradadas y sobre las propias actividades de fiscalización para evitar incursiones y explotaciones ilegales de recursos forestales en sus tierras.

En ese orden de ideas, los beneficiarios de eventuales proyectos de REDD en tierras indígenas solamente podrán ser los propios pueblos indígenas, en la medida en que la reducción de emisiones de GEI va a depender de las decisiones autónomas que los pueblos hagan sobre el uso de sus recursos forestales, y de las actividades que ellos mismos decidan realizar en sus propios territorios. Así, en Bolivia es claro que sin la autorización y decisión plena de los pueblos no es posible la realización de proyectos de REDD en sus territorios, ellos son los dueños legítimos de los recursos forestales, sobre los cuales tienen el derecho de aprovechamiento exclusivo y plena autonomía para la gestión de los mismos.

De hecho, la ejecución del proyecto denominado “Programa subnacional indígena de REDD en la Amazonía boliviana”, es el primer proyecto piloto de REDD indígena del que se tenga noticia. Su realización hace parte de una gran alianza entre las organizaciones indígenas nacionales, regionales y locales que envuelve 1500 comunidades de base, articuladas con autoridades públicas, municipales y nacionales, así como con agencias de cooperación internacional que ya pusieron a disposición del proyecto 3,7 millones de dólares. La expectativa de las organizaciones que participan del programa es que para noviembre de 2009 sean

⁶⁵ Acápito 4.4.4 Recursos Ambientales, numeral IV. Reducción de GEIs y secuestro de carbono (Pág. 176)7, literalmente

⁶⁶ Ibídem, Pág. 179

⁶⁷ <http://www.cidob-bo.org/gti/>

certificadas las metodologías aplicadas para poder presentar el proyecto en ejecución durante la COP 15 en Copenhague⁶⁸.

Parte de los objetivos del mencionado proyecto piloto es subsidiar las discusiones internacionales y nacionales sobre la reglamentación de los mecanismos de REDD, a partir de las lecciones aprendidas en el programa que está siendo diseñado. Lo cual tendrá primeramente que superar los embates políticos que el Presidente Evo comenzó a colocar contra los mecanismos de mercado para financiar eventuales proyectos de REDD en Poznan, Polonia durante la COP 14.

A pesar de que la postura del Estado boliviano no fue tan radical como ya lo hizo Venezuela en el sentido de negar la posibilidad de proyectos de MDL en su territorio, el Presidente Evo Morales envió una carta para oponerse radicalmente a que la financiación de los mecanismos de REDD, y de los propios proyectos de MDL, se haga a través del mercado de carbono⁶⁹. Dicho pronunciamiento, fue entendido como una primera posición de Bolivia para preparar las negociaciones de la COP 15, lo cual, en principio, no impiden la continuidad de los proyectos de MDL existentes en el territorio nacional, ni el avance del proyecto de REDD indígena que comenzó recientemente a ser ejecutado como proyecto piloto⁷⁰. Pero de cualquier forma comenzó a generar un tipo de inseguridad política sobre el apoyo real de dichos proyectos.

Por Ahora el proyecto de REDD amazónico esta en ejecución y sin duda, su aplicación y evaluación serán un importante espejo para pensar este tipo de iniciativas en toda la cuenca Amazónica y para reevaluar los argumentos políticos que comienzan a ser colocados internamente en Bolivia respecto del origen de los fondos para su financiación. Vale la pena anotar que, además de la actual estructura

⁶⁸ Más información sobre el proyecto ver : [http://www.whrc.org/policy/REDD/Reports/RudyGuzmanProgram Indígena de REDD en la Amazonia Boliviana.pdf](http://www.whrc.org/policy/REDD/Reports/RudyGuzmanProgram%20Indigena%20de%20REDD%20en%20la%20Amazonia%20Boliviana.pdf)

⁶⁹ Carta del Presidente Evo Morales remitida a Poznan, el último 10 de diciembre para la 14ª Conferencia de Cambio Climático de la ONU. "Los mecanismos de mercado aplicados en los países en desarrollo no han logrado una disminución significativa de las emisiones de gases de efecto invernadero. Así como el mercado es incapaz de regular el sistema financiero y productivo del mundo, el mercado tampoco es capaz de regular las emisiones de gases de efecto invernadero y sólo generará un gran negocio para los agentes financieros y las grandes corporaciones", dijo el Mandatario boliviano. Finalmente, Evo Morales se lanzó contra los certificados de carbono y los MDL. "El 80% de los proyectos del Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL) se han concentrado en sólo cuatro países emergentes. La lógica capitalista promueve la paradoja de que los sectores que más contribuyeron a deteriorar el medio ambiente son los que más se benefician de los programas vinculados al cambio climático,(...) Estos compromisos mínimos de reducción deben hacerse de manera interna en los países desarrollados y no a través de mecanismos flexibles de mercado que permiten la compra de Certificados de Reducción de Emisiones para seguir contaminando en su propio país". A partir de entonces el Gobierno boliviano ha demandado que las naciones desarrolladas paguen la "deuda ecológica histórica". Ha propuesto la creación de un Mecanismo Financiero Integral (MFI) que apoye a los países en desarrollo y se plantea que el MFI sea financiado básicamente con el 1% del PIB de los países desarrollados y los impuestos a las empresas transnacionales. En el marco global se propugna "una Organización Mundial del Medio Ambiente y el Cambio Climático a la cual se subordinen las organizaciones comerciales y financieras multilaterales". http://www.lostiempos.com/oh/actualidad/actualidad/20090607/bolivia-adios-al-mercado-de-carbono_14396_22634.html

⁷⁰ "Jaime Gonzáles, coordinador REDD de la CIDOB, asegura que éste es un tema prioritario para los indígenas de Tierras Bajas. Muestra angustia por el retraso en los compromisos oficiales, pero mantiene la certeza de que se firmarán los decretos (que regulan la comercialización de créditos derivados de proyectos REDD). "Es lo que esperamos del Gobierno, necesitamos ese dinero y es para ello que nuestros hermanos han trabajado preservando el bosque. Nosotros estamos participando de forma directa en las conversaciones, aunque todavía no hay nada definido." <http://www.eldeber.com.bo/extra/2009-06-07/nota.php?id=090607193244>

jurídica boliviana, muy favorable y garantista con relación a los derechos indígenas, en este país, iniciativas como la mencionada también es facilitada por la fuerte y consolidada institucionalización del movimiento indígena, lo cual constituye una particularidad importante a considerar a la hora de comparar las posibilidades de implementación de iniciativas similares en otros países de la región.

Brasil

Introducción

Brasil⁷¹ es uno de los primeros países de la cuenca Amazónica en reconocer y proteger los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Bajo una fórmula jurídica inédita en la región, la legislación brasilera reconoce derechos originarios de los pueblos indígenas sobre las tierras y recursos naturales utilizados tradicionalmente por ellos, manteniendo la propiedad inalienable en cabeza de la Unión y garantizando el derecho de usufructo, exclusivo de los recursos naturales a los pueblos indígenas para garantizar su existencia y reproducción como pueblos según sus usos, costumbres y tradiciones.

La legislación brasileña protege el derecho exclusivo de uso y goce de los pueblos indígenas de los recursos forestales existentes en sus territorios, excluyendo la posibilidad de que el Estado pueda otorgar concesiones forestales en tierras indígenas. Adicionalmente, no existe un marco legal que permita la exploración minera e hidroeléctrica en tierras indígenas, lo que en parte, y formalmente, garantiza que los pueblos puedan mantener el control sobre los recursos naturales de sus territorios.

La legislación brasilera de carácter *infra* constitucional que reglamenta los territorios indígenas no ha sido actualizada, estando tácitamente vigente la legislación anterior a la CF de 1988, que estaba enmarcada en el paradigma del Estado tutelar y de la política asimilacionista. Por esta razón, actualmente existen en el ordenamiento jurídico brasileño dispositivos relativos a la naturaleza de los territorios indígenas y a la capacidad jurídica de los pueblos que, a pesar de ser evidentemente inconstitucionales, están formalmente vigentes en la legislación nacional. Otro tanto acontece con las normas ambientales anteriores a la CF que por ejemplo, definen las tierras indígenas como áreas de protección permanente, sin que dichos dispositivos hayan sido armonizados con el nuevo marco constitucional.

La legislación aquí presentada es totalmente interpretada a la luz del derecho de autodeterminación, garantizado tanto en la CF brasileña como en los instrumentos internacionales reconocidos por Brasil, que confiere a los pueblos indígenas la administración y control de sus recursos, pudiendo disponer libremente de sus riquezas para su desarrollo económico, social y cultural.

Finalmente, analizando la legislación ambientalista, indigenista y climática de Brasil, es posible concluir que actualmente los pueblos indígenas son los legítimos titulares de créditos de carbono provenientes de actividades realizadas por los pueblos en sus tierras.

⁷¹ Esta parte del presente estudio está fundamentada en el concepto jurídico desarrollado por la abogada Erika Yamada del Programa de Políticas Públicas y Derecho Socioambiental del Instituto Socioambiental (ISA), realizado para Brasil de forma paralela a la producción de este estudio regional.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR ELLOS?

Sí. La Constitución Federal de 1988 (en adelante CF) reconoce los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas así como su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones (Capítulo VIII, de la CF). De igual manera, la Carta política brasileña declara las tierras indígenas inalienables, inembargables, y los derechos sobre ellas imprescriptibles, garantizando explícitamente los derechos reales de usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, los ríos y los lagos en ellas existentes a los pueblos indígenas. En la legislación brasileña, la nuda propiedad de las tierras indígenas se mantiene en cabeza de la Unión Federal⁷², con el único objetivo de proteger y garantizar la pose exclusiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras⁷³.

La CF define las tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas como aquellas en las cuales coexisten los siguientes cuatro elementos: 1) las habitadas con carácter permanente, 2) las utilizadas para sus actividades productivas, 3) las imprescindibles a la preservación de los recursos naturales necesarios para su bienestar y 4) las necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones⁷⁴.

Aunque el sistema jurídico de Brasil no reconozca a los pueblos indígenas la nuda propiedad sobre sus tierras, les atribuye todas las facultades inherentes al dominio, al garantizarles el usufructo exclusivo de los recursos naturales y la pose permanente. Sobre esta particular fórmula jurídica de la propiedad y pose de las tierras indígenas en Brasil, el profesor Dalmo de Abreu Dallari señala que: “Si es verdad que por el hecho de no ser propietarios, los indios brasileños no pueden disponer de las tierras que tradicionalmente ocupan, es igualmente verdadero, que la Unión, aunque propietaria, no tiene el poder de disposición. Y los grupos indígenas gozan permanentemente y con toda amplitud, de los derechos posesorios sobre estas tierras”⁷⁵.

En ese sentido se ha manifestado reiteradamente la jurisprudencia constitucional brasilera cuando afirma que: “la importancia jurídica de este reconocimiento oficial (el derecho a las tierras indígenas) reside en la circunstancia de que las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, aún perteneciendo al patrimonio de la Unión (CF, art. 20, XI), están afectadas, por efecto de destinación Constitucional, a fines específicos dirigidos, únicamente, a la protección jurídica, social, antropológica, económica y cultural de los indios, de los grupos indígenas y de las comunidades tribales. La Carta política, en realidad, creó, en su art. 231§1º, una propiedad vinculada o reservada, de un lado, a asegurar a los indios el ejercicio de los derechos otorgados constitucionalmente (CF, art.231, §§ 2º, 3º e 7º) y, de otro, a proporcionar a las comunidades indígenas bienestar y condiciones necesarias a su reproducción física y cultural, según sus usos, costumbres y tradiciones”⁷⁶.

⁷² CF, Artículo. 20, núm. XI.

⁷³ SILVA, José Alfonso da. Curso de Derecho Constitucional Positivo, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, Ed.27, p.855.

⁷⁴ Parágrafo 1o del artículo 231 de la CF.

⁷⁵ Dallari, Dalmo de Abreu, *Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios*, p. 319, Brasília: Senado Federal, v.28, n.111, jul/sept.1991. Traducción libre.

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal (en adelante STF) – Recurso Extraordinario (RE) 183.188-0/MS, Voto Del Ministro Relator Celso de Mello, p.19-22. Traducción libre.

Finalmente, es consagrada en la CF de Brasil la prohibición de que los indígenas puedan ser removidos de sus tierras, considerando las excepciones constitucionales de epidemia que puedan colocar en riesgo la población, o en el interés de la soberanía del país, siempre y cuando así lo autorice el Congreso Nacional y garantizando, en cualquier hipótesis, el retorno inmediato una vez cese el riesgo que justificó su traslado⁷⁷.

De esta forma, a pesar del Estado brasileño no reconocer la nuda propiedad en cabeza de los pueblos indígenas, la verdad es que los efectos prácticos de la fórmula jurídica que mantiene la titularidad de la propiedad (inalienable) en la Unión y garantiza el derecho (imprescriptible) de usufructo y pose permanente a los pueblos indígenas, es la misma que el reconocimiento pleno de la propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable, como ocurre en otros países de la región. La diferencia es que en Brasil se adiciona la obligación del Estado de garantizar que los pueblos indígenas sean los usufructuarios exclusivos de su propiedad. Para efectos de garantía de pose plena de los pueblos indígenas sobre los territorios tradicionalmente ocupados por ellos, la figura jurídica brasileña es aparentemente eficiente. Actualmente en Brasil, más del 12% del territorio nacional está reconocido y registrado como Tierras Indígenas (en adelante TIs)⁷⁸.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

Si. Como lo garantiza la Constitución Federal brasileña, los pueblos indígenas tienen el derecho exclusivo de usufructo de las riquezas del suelo, de los ríos y los lagos existentes en sus territorios, lo cual evidentemente incluye el uso y goce sobre los recursos forestales. Sin embargo, el ejercicio de ese derecho está condicionado al cumplimiento de las obligaciones ambientales que deben cumplir los pueblos indígenas, al igual que todos los brasileños, guardadas proporciones con las características culturales de cada pueblo, y dependiendo de la localización geográfica así como del servicio ambiental que, como veremos, deben cumplir en determinadas áreas de Brasil.

Para comenzar, es importante aclarar que el derecho de usufructo de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales de sus territorios es diferente a la institución del usufructo común a la que hace referencia el código civil⁷⁹. El derecho reconocido a los pueblos indígenas se caracteriza por ser de titularidad colectiva y por el hecho de no estar limitado en el tiempo, o condicionado al periodo de vida de sus primeros titulares. De esta forma, el derecho real de usufructo indígena debe ser comprendido como el derecho de disponer, administrar, distribuir y controlar los recursos naturales de sus territorios según sus usos, costumbres y tradiciones para garantizar su sobrevivencia y reproducción, con arreglo a las opciones de desarrollo económico, social y cultural que cada pueblo haga autónomamente.

⁷⁷ CF, Parágrafo 5o, artículo 231.

⁷⁸ La mayor parte de las Tierras Indígenas (TIs) se concentra en la Amazonía legal: son 405 áreas, 108.211.140 hectáreas, representando 20.67% del territorio amazónico y 98.61% de la extensión de todas las TIs del país. El restante, 1.39%, se distribuye por las regiones Noroeste, Sur oeste, Sur y estado de Mato Grosso do Sul. Para más información sobre pueblos indígenas y territorios indígenas en Brasil ver: <http://pib.socioambiental.org/>

⁷⁹ Código Civil, Ley 10.406/2002, Título VI de Usufructo.

Aunque las tierras indígenas sean propiedad del Estado brasileño, este no puede disponer libremente de ellas. Es decir, el Estado no puede utilizarlas para otros fines que no sean la habitación permanente de los pueblos indígenas, además de ser inalienables, no es posible su concesión a terceros bajo cualquier título o pretexto (art.231, §2o). Por lo tanto, no hay riesgo jurídico de que esas tierras puedan ser objeto de concesión forestal a empresas privadas, y de hecho así lo excluye la ley de gestión de florestas públicas⁸⁰, o que puedan ser utilizadas en programas de reasentamiento de reforma agraria, lo que evidentemente interferiría en el derecho de pose de los pueblos indígenas de su territorio y consecuentemente en la integralidad de los recursos naturales.

Por lo tanto, según el ordenamiento jurídico brasileño, los pueblos indígenas son los únicos sujetos con poder para disponer sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Las únicas excepciones a esa regla son la posibilidad de exploración mineral e hidráulica en tierras indígenas, ambas actividades previstas en el texto constitucional, pero aún no reglamentadas como lo exige la CF para su realización (art.231, §3o).⁸¹

En la medida en que el citado derecho de usufructo procura garantizar las condiciones necesarias para la existencia tanto física como cultural de los pueblos indígenas, este lleva implícito el ejercicio del derecho de autonomía en la realización de actividades tradicionales y no tradicionales para el desarrollo económico, social y cultural de sus territorios. Dicha autonomía debe ser interpretada en el marco tanto de la Constitución Federal de Brasil, como de las leyes *infra* constitucionales compatibles y los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas ratificados e incorporados en el ordenamiento jurídico brasileño como lo son el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, entre otros⁸².

En este sentido, el reconocido doctrinante brasileño Carlos Federico Marés afirma que: “El usufructo indígena, según sus usos, costumbres y tradiciones implica la posibilidad de, sin restricciones, utilizar los bienes y recursos del área. Por tanto los indígenas pueden abrir áreas de cultivo, construir aldeas, extraer leña para el uso de la comunidad sin cualquier restricción, porque restricciones impuestas administrativamente o por ley, implicarían inconstitucionalidad. Por otro lado, las poblaciones indígenas producen excedentes que comercializan para la adquisición

⁸⁰ Ley de Gestión de Florestas Públicas. **LEI Nº 11.284, DE 2 DE MARÇO DE 2006**. Art. 10. O Plano Anual de Outorga Florestal - PAOF, proposto pelo órgão gestor e definido pelo poder concedente, conterá a descrição de todas as florestas públicas a serem submetidas a processos de concessão no ano em que vigorar. Art. 11. O Paof para concessão florestal considerará: (...) IV - **a exclusão das terras indígenas**, das áreas ocupadas por comunidades locais e das áreas de interesse para a criação de unidades de conservação de proteção integral.

⁸¹ Desafortunadamente, a pesar de no existir la legislación necesaria para la explotación mineral e hidroeléctrica en tierras indígenas, el Estado brasileño viene promoviendo la realización de obras de infraestructura hidroeléctrica dentro o afectando tierras indígenas, sin respetar los derechos constitucionales de estos pueblos, incluido el derecho de consulta libre, previa e informada. Vea por ejemplo el caso de Usina Hidroeléctrica de Belo Monte en el río Xingú que afecta directamente pueblos indígenas de la cuenca del río Xingú y está lista para ser concesionada sin que se hayan cumplido los requisitos de la legislación indigenista. Para más información sobre el caso vea: <http://www.socioambiental.org/esp/bm/index.asp>

⁸² Brasil aprobó la Convención 169 de la OIT (ratificada en 2003 y entrando en vigencia en el año de 2004 mediante Decreto Federal N.5051/04 que la transformó en ley Federal) y aprobó la Declaración da ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobada por la Asamblea General de la ONU con voto favorable de Brasil en 2007). Ambos instrumentos internacionales en los cuales se reconoce y protege el derecho de los pueblos indígenas a definir autónomamente sus prioridades de desarrollo. Adicionalmente Brasil firmó la Declaración Americana de Derechos Humanos y reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998.

de bienes y servicios de los cuales no disponen internamente. La extracción de estos excedentes debe ser orientada según los patrones legales de protección ambiental nacional, considerándose las normas generales aplicables”⁸³.

Consecuentemente, después de la Constitución Federal de 1988, el derecho de usufructo de los recursos naturales que tienen los pueblos indígenas debe ser interpretado en armonía con los principios ambientales de la propia Carta Constitucional (CF art.225). La aplicación de la legislación ambiental a los territorios indígenas debe ser ponderada con el principio de autonomía reconocido a los pueblos indígenas. Esto con el objetivo de evitar imposiciones ambientales inconstitucionales, que terminen por impedir el uso y goce de los territorios y recursos naturales por parte de los pueblos indígenas en el marco de sus proyectos de vida.

A pesar de los dispositivos constitucionales y de las interpretaciones doctrinarias, en Brasil no existe claridad sobre el alcance real de la autonomía de los pueblos indígenas en el manejo de sus recursos naturales. En parte porque la legislación *infra* constitucional, que se refiere al manejo de los recursos forestales y al régimen jurídico aplicable a los pueblos indígenas⁸⁴ no ha sido revista y actualizada con el marco constitucional de 1988, lo que permite la coexistencia de muchas normas contrarias a los nuevos dispositivos constitucionales. Esto facilita interpretaciones confusas y ambiguas, principalmente, sobre las reglas aplicables a los aprovechamientos económicos diferentes a los tradicionales, que pueden o no, realizar los pueblos indígenas en sus territorios.

De esa forma, actualmente se encuentra vigente, la regla que desde 1965 define las tierras indígenas como áreas de preservación permanente, en las cuales, según modificación incorporada en el año 2001⁸⁵, las comunidades indígenas podrán realizar exploración de recursos forestales restricta al régimen de manejo forestal sustentable⁸⁶ para su subsistencia. Dicha regla de carácter conservacionista desconoce totalmente los derechos de libre disponibilidad y administración de los pueblos indígenas sobre sus recursos, limitando el uso de estos a la imposición de un “*plan de manejo forestal sustentable*”, que no necesariamente va a coincidir en todos los casos con los objetivos de desarrollo que cada pueblo indígena defina para su futuro.

Adicionalmente, el artículo 46 de la ley 6001 de 1973 (Estatuto del Indio actualmente vigente) modifica el código forestal en materia de aprovechamiento en tierras indígenas por tratarse de ley especial y dispone que: el corte de madera en las florestas indígenas consideradas de *preservación permanente* “está condicionado a

⁸³ SOUZA Filho, Carlos Federico Marés, *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Curitiba: Juruá, 1999, p.146. libre traducción del autor para el español.

⁸⁴ La ley sobre derechos indígenas vigente es el llamado Estatuto del Indio, el cual fue expedida en 1973 bajo la concepción del régimen de Estado tutelar en la relación de los pueblos indígenas con el Estado brasileño. Actualmente cursa un proyecto de ley que pretende actualizar las reglas indigenistas al Nuevo marco constitucional, pero que tramita en el Congreso Nacional desde hace más de 14 años.

⁸⁵ Artículo. 3-A A exploração dos recursos florestais em terras indígenas somente poderá ser realizada pelas comunidades indígenas em regime de manejo florestal sustentável, para atender a sua subsistência, respeitados os arts. 2o e 3o de este Código. Artículo incluido por la Medida Provisoria No. 2.166-67 del 24 de agosto de 2001 en el Código Forestal, Ley 4771 de 1965.

⁸⁶ Definición de Régimen Forestal Sustentable según la legislación brasileña se limita a la: “administração da floresta para a obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços de natureza florestal;” Inciso VI del Artículo 3o de la ley 11.284 de 2006

la existencia de programas y proyectos para el aprovechamiento de las tierras respectivas en la exploración agropecuaria, en la industria o la reforestación”.

Las citadas reglas tienen que ser interpretadas conjuntamente con los demás dispositivos jurídicos que reconocen y protegen los derechos indígenas en el sistema brasileño a la luz de la CF de 1988, como de los instrumentos internacionales de derechos indígenas ratificados por Brasil y la jurisprudencia constitucional y regional sobre el contenido y alcance real de los derechos indígenas al usufructo de sus recursos forestales⁸⁷.

Marés señala que: “en coherencia con el comando constitucional que considera tierras indígenas las imprescindibles a la reproducción física y cultural del grupo. Es evidente que sería una interpretación inconstitucional – y por tanto inaceptable – traducir este dispositivo de la ley forestal como imperativo del uso de la floresta tanto para fines productivos, o de habitación o aún para generar bienestar en la comunidad”⁸⁸.

Así no cabría la interpretación de que las tierras y recursos naturales de los pueblos indígenas en Brasil son consideradas en su totalidad áreas de protección permanente sobre las cuales estrictamente podrán realizarse actividades de manejo forestal sustentable y otras de naturaleza tradicional para permitir su limitada supervivencia física. Nada más contrario al conjunto de derechos reconocidos a los pueblos indígenas para poder vivir según sus usos, costumbres, tradiciones y opciones libres de desarrollo. La interpretación restricta de esta regla ambiental sería abiertamente inconstitucional. Sin embargo, no existe entendimiento explícito de los juristas brasileños en este sentido hasta el momento.

A pesar del amplio espacio para interpretación actualmente existente en la legislación brasileña sobre el tema, el STF ya se manifestó sobre el sentido que se debe dar al concepto de subsistencia o supervivencia física que se menciona en varias legislaciones como límite objetivo para la exploración de recursos naturales por parte de los pueblos indígenas.

Así, el STF señala que: “el propio concepto de proporcionalidad, cuando aplicado al tema de demarcación de tierras indígenas gana un contenido irrecusablemente extensivo, (...) si para los patrones culturales de los no indígenas, el imprescindible o necesario adquiere connotación estricta, en el sentido de que “es de los indios no más que lo suficiente o estrictamente imprescindible a su supervivencia física”, ya sobre la perspectiva indígena, significa dar a los indios todo lo necesario o imprescindible para asegurar, continua y acumulativamente: a) la dignidad de las condiciones de vida material de sus generaciones presentes y futuras; b) la reproducción de toda su estructura social. Según el Relator, esa ecuación se extrae de la locución constitucional “son reconocidos a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias y tradiciones, y los derechos originarios sobre las

⁸⁷ Declaración hecha por Brasil al reconocer la Competencia de la Corte IDH: “El Gobierno de la República Federativa de Brasil declara que reconoce, por tiempo indeterminado, como obligatoria y de pleno derecho, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todos los casos relacionados con la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 62 de la misma, bajo reserva de reciprocidad y para hechos posteriores a esta Declaración”. Sobre la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos aplicable a Brasil ver acápite II sobre derechos indígenas aplicables a los países de la cuenca Amazónica.

⁸⁸ Souza Filho, Carlos Federico Marés, *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*, Curitiba: Juruá, 1999, p.144. Traducción libre del autor para el español.

tierras que tradicionalmente ocupan” por razón de que ese reconocimiento opera como declaración de algo preexistente, inclusive a la propia Constitución”.⁸⁹

De cualquier forma, aún interpretando que las actividades económicas en tierras indígenas no están limitadas a las actividades consideradas estrictamente tradicionales, ni únicamente al régimen de manejo forestal sustentable, siendo en ellas posible también la realización de actividades de exploración agropecuaria no tradicional, actividades industriales y de reforestación, entre otras que el pueblo indígena decida autónomamente, todas ellas deberán cumplir con el marco ambiental oponible a la producción económica de cualquier propiedad rural. Así, de la misma manera que por el principio de no discriminación los pueblos indígenas no tienen que sufrir el costo desproporcionado de aceptar que la totalidad de sus tierras son áreas de preservación permanente, por el mismo principio de no discriminación, estos deben cumplir con las restricciones ambientales que los demás propietarios rurales conocen para la producción económica en sus propiedades.

Lo anterior, no quiere decir que los pueblos indígenas son idénticos a los demás productores rurales, ya que su propia naturaleza diferencia la relación de estos con los recursos naturales en sus territorios, simplemente, quiere reafirmar el principio de equidad que debe guiar la interpretación sobre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, los cuales no pretenden colocarlos en condiciones ni de ventaja, ni de desventaja con relación a otros grupos de la sociedad, por el contrario, los derechos diferenciados de los pueblos indígenas buscan, al reconocer las situaciones de hecho diferentes de cada grupo, garantizar las condiciones para el ejercicio equitativo y justo de derechos.

De la misma manera que el Estado no puede imponer el tipo de usufructo que considera más adecuado para los recursos naturales dentro de una tierra indígena, tampoco pueden los pueblos indígenas abstraerse de las obligaciones ambientales que encubren el aprovechamiento de recursos naturales renovables. De esa forma los territorios indígenas localizados en el bioma amazónico están obligados a mantener 80% de cobertura forestal existente en sus territorios, y el 35% de la cobertura forestal de los territorios indígenas localizados en el bioma cerrado dentro de la región definida como Amazonía Legal⁹⁰. Esto quiere decir que tanto las actividades tradicionales como no tradicionales que impliquen el cambio en el uso del suelo forestal dentro de tierras indígenas, deberá guardar la proporción de 80% de área boscosa y 20% de área con uso diferente al forestal.

Para terminar, lo cierto es que actualmente el Estado brasileño no puede otorgar concesiones forestales en tierras indígenas, que el usufructo de los recursos forestales es exclusivo de las comunidades indígenas, y que la restricción del uso de las tierras indígenas estrictamente al régimen de manejo forestal sustentable no es compatible con la regla constitucional y las normas internacionales ratificadas por Brasil donde se reconoce la libre determinación de los pueblos para escoger las opciones de desarrollo que consideren mejores para sí y sus territorios, no podría la ley, sin violar estos principios, imponer sobre los pueblos indígenas una única opción conservacionista de desarrollo para sus territorios.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR

⁸⁹ Petición 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, 27-8-08, Plenário, Informativo 517 www.stf.jus.br

⁹⁰ Código Forestal, Ley 4771 de 1965, artículo 16.

AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Si. Después de la CF de 1988 los pueblos indígenas, así como sus organizaciones sociales y económicas tienen plena capacidad civil para realizar negocios jurídicos, pudiendo las comunidades indígenas ser titulares de derechos y obligaciones.

El nuevo código civil (ley 10406 de 2002) alteró la condición del indígena de incapaz relativo que mencionaba el anterior código civil de 1916, y que aún menciona el Estatuto del Indio (ley 6001 de 1973)⁹¹, reconociendo en su artículo 4º §1º que los pueblos indígenas no son más incapaces relativos y que será la legislación especial la encargada de definir la regla de capacidad específica para atender las particularidades de la titularidad de derechos y deberes colectivos e individuales de los pueblos indígenas.

En la medida en que aún no ha sido posible la expedición del nuevo Estatuto de los Pueblos Indígenas, la remisión legal a la que hace referencia del código civil de 2002 aún no existe y por lo tanto, la regla de capacidad jurídica de los pueblos indígenas deberá ceñirse a las reglas y principios establecidos en el capítulo VIII del Título VIII, que trata de los derechos reconocidos a pueblos indígenas como colectivos.

Aunque no existe ninguna jurisprudencia del tribunal constitucional que defina el contenido concreto de la titularidad jurídica plena de los pueblos indígenas en Brasil, sin embargo, la doctrina nacional es unánime al reconocer que no existe más espacio jurídico para la tutela patrimonial del Estado sobre los bienes de los pueblos indígenas. Al contrario, la CF expresamente reconoce las formas propias de organización social de los pueblos indígenas y es posible interpretar que el antiguo régimen tutelar, que presuponía la intervención del Estado en cada acto de la vida civil de los indios fue tácitamente revocado en el nuevo régimen constitucional, sobreviviendo apenas la tutela pública, que ordena al Estado velar por la protección de los bienes indígenas.

La anterior interpretación es consecuente con el derecho de autodeterminación reconocido en el Convenio 169 de la OIT, incorporado en el orden jurídico brasileño y reforzado por la DNUDPI. El derecho de autodeterminación se refiere al derecho de los pueblos indígenas de controlar sus vidas y comunidades, y de participar en todas las decisiones que los afectan, dentro de la estructura vigente de unidad nacional y de integridad territorial de cada país.

De hecho, actualmente los pueblos indígenas en Brasil realizan negocios jurídicos válidos como contratos comerciales, y otros actos de la vida civil como la conformación de asociaciones y otro tipo de organizaciones representativas de las comunidades indígenas, a través de las cuales son desarrolladas actividades políticas, comerciales e industriales tranquilamente. Esas organizaciones indígenas son reconocidas por la propia FUNAI y por otros órganos y entidades de gobierno tanto federal como municipal, llegando incluso a firmar convenios administrativos

⁹¹ El artículo 42 del Estatuto del Indio, aún sin revocación explícita, establece que la Fundación Nacional del Indio, la FUNAI, gestionará el patrimonio indígena, a menos que se demuestre que el "grupo tribal" titular de aquel patrimonio tenga "capacidad efectiva" para esa gestión. Todo esto hace parte de la política tutelar del Estado brasileño con relación a los pueblos indígenas, que es anterior a la CF de 1988, pero que en la medida en que la FUNAI subsiste y que las reglas indigenistas aún, 20 años después, no son actualizadas, muchos de los comportamientos tutelares y paternalistas continúan desarrollándose de hecho en esa relación.

para la cooperación de los pueblos indígenas en la prestación de algunos servicios públicos al interior de las tierras indígenas⁹².

En ese orden de ideas, los pueblos indígenas tienen el control exclusivo sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, no dependiendo de autorización o permisos de cualquier órgano público para poder utilizarlos para provecho propio. Tampoco existe en la legislación brasileña regla que impida a los pueblos indígenas beneficiarse directamente de actividades relativas a la disminución de emisiones de GEI con el objetivo de emitir créditos de carbono libremente negociables, bien sea en el mercado oficial o en el mercado voluntario de carbono. Por lo tanto, son los pueblos indígenas titulares de los eventuales beneficios derivados de la realización de proyectos de REDD en sus territorios, teniendo estos la capacidad jurídica plena para comercializar libremente los créditos derivados y sus beneficios.

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Si. En efecto el derecho de consulta libre, previa e informada es muy reciente en la legislación interna brasileña y hasta el momento no existen casos de aplicación del mismo. La principal ventaja comparativa de los territorios indígenas de la Amazonía brasileña en comparación con las amenazas a los territorios indígenas de los países vecinos tiene a ver con el hecho de que, por cuanto no han sido reglamentadas las leyes que permiten la explotación minera e hidroeléctrica en tierras indígenas y que la explotación forestal está vetada para terceros, son los pueblos indígenas los únicos con derechos de usufructo sobre estos recursos.

La Constitución brasileña determina que el aprovechamiento de los recursos hídricos en tierras indígenas, bien como la prospección y la exploración de los minerales, sólo pueden ser realizadas previa autorización del Congreso Nacional, en los términos del § 3º de su artículo 231⁹³, el cual dispone que el Congreso Nacional, a su vez, tiene el deber (y la competencia exclusiva⁹⁴) de consultar las comunidades indígenas potencialmente afectadas antes de autorizar tales emprendimientos. Esta es la única oportunidad en la que la CF hace referencia a una institución similar a la consulta. De hecho, una vez ratificado e incorporado el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, el dispositivo de consulta al que se refiere el parágrafo 3º del artículo 231

⁹² Por ejemplo, los pueblos indígenas de la Tierra Indígena: Parque Indígena de Xingu, hace varios años que se organizan en asociaciones propias (ATIS, YAKIO, AFO) para gerenciar y administrar sus patrimonios colectivos e individuales (venta de artesanías, miel, semillas, administración de proyectos, etc.) sin la necesidad de cualquier tipo de autorización o intervención del órgano federal de asistencia. Eso demuestra que los pueblos indígenas de Brasil en la práctica tienen capacidad efectiva y plena para administrar su patrimonio, lo que es expresamente reconocido por el Estado brasileño, que inclusive otorga recursos a asociaciones indígenas por medio de proyectos pilotos como es el caso de convenio firmado con el Fondo Nacional de Medio Ambiente FNMA, entre otros. Para más información sobre organizaciones e iniciativas económicas de pueblos indígenas en Brasil ver: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/iniciativas-indigenas/alternativas-economicas/marcas-indigenas>

⁹³ Constitución de Brasil, art. 231, § 3º (El aprovechamiento de los recursos hídricos, incluidos los potenciales energéticos, la investigación y exploración de las riquezas minerales en tierras indígenas sólo pueden ser efectivas con la autorización del Congreso Nacional, escuchadas las comunidades afectadas, asegurando así su participación en los resultados de la exploración, en la forma de la ley).

⁹⁴ Brasil, Tribunal Regional Federal de la 1ª Región, Informe de la Jueza Selene Maria de Almeida en Agravo de Instrumento No. 2006.01.00.017736-8/PA, Ministerio Público Federal v. IBAMA et. al., Estado de Pernambuco, 2006, pág. 6: "A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto de construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva."

debe ser interpretado en los términos del derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado del que hablan estos instrumentos internacionales.

Desafortunadamente el derecho de consulta y consentimiento previo aún no adquiere la importancia y protagonismo que tiene en los otros países de la cuenca. Las pocas experiencias en ese sentido han sido catastróficas, totalmente orientadas a negar cualquier posibilidad de veto o poder de influencia de los pueblos indígenas sobre las decisiones administrativas que afectan sus derechos de uso y goce de sus territorios y recursos naturales⁹⁵.

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA BRASILEÑA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

Si. Considerando los créditos de carbono como un bien jurídico derivado de actividades relativas al manejo de recursos forestales dentro de tierras indígenas debidamente verificadas y certificadas, es evidente que la titularidad de los mismos solamente puede estar en cabeza de aquellos que tienen la capacidad jurídica para realizar las actividades de las cuales depende su existencia.

Brasil ratificó e incorporó todas las normas internacionales relativas al cambio climático. Como parte de los países no comprometidos con metas obligatorias, Brasil ha sido receptor de proyectos de MDL para emisión de créditos de carbono para países del anexo I, sin existir una legislación interna que defina tanto la naturaleza jurídica como el régimen tributario aplicable a este tipo de negocios particularmente.

De esta forma, no existe disposición jurídica explícita sobre la propiedad de los créditos de carbono, lo cual en principio permite que sea plausible la interpretación presentada en el presente estudio sobre la titularidad legítima de los pueblos indígenas, cuando dichos créditos tienen origen en actividades realizadas por ellos mismos dentro de sus territorios.

En Brasil, siendo los indígenas los usufructuarios exclusivos de los recursos forestales, cabe a ellos el beneficio económico derivado tanto de la explotación como de la conservación de tales recursos. En la legislación brasilera no existe ninguna regla especial sobre la propiedad de los servicios ambientales provenientes de la manutención de las florestas nativas, mucho menos una reglamentación específica sobre la naturaleza jurídica de los créditos de carbono.

⁹⁵ Ver caso Belo Monte (http://pib.socioambiental.org/pt/pt/noticias?id=57752&id_pov=25) y Juruena (http://pib.socioambiental.org/pt/pt/noticias?id=59810&id_pov=172) como ejemplos de realización de emprendimientos hidroeléctricos que afectan directamente pueblos indígenas, sin siquiera cumplir con el requisito de consulta.

Colombia

Introducción

Colombia es uno de los países con mayor reconocimiento y desarrollo jurídico de los derechos indígenas en toda la región de la cuenca Amazónica, sin embargo la gran mayoría de territorios indígenas titulados en la Amazonía colombiana están sobrepuestos con áreas de protección ambiental tales como la reserva forestal de la ley 2ª de 1959 y varias unidades de Parques Nacionales Naturales que son áreas protegidas de uso restricto existentes en la región. La principal pregunta a ser respondida en el análisis relativo a la posibilidad de los pueblos indígenas de Colombia ser los directos beneficiarios de eventuales proyectos de REDD en sus territorios tiene que ver con el real derecho de uso y goce que estos pueblos tienen sobre los recursos forestales en sus tierras.

Como se verá, en el caso colombiano a pesar de las afectaciones ambientales ser de gran porte, existe una institucionalidad jurídica consolidada que garantiza a los pueblos de la Amazonía colombiana el uso y goce de los recursos naturales renovables tanto para actividades tradicionales como para otro tipo de actividades siempre y cuando los pueblos indígenas, al igual que otro tipo de propietario, cumplan con la función ecológica que le corresponde a sus territorios.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR ELLOS?

Si. El ordenamiento jurídico colombiano reconoce la propiedad colectiva, inalienable, inembargable e imprescriptible de los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas como un derecho fundamental⁹⁶. Dicho reconocimiento es de jerarquía constitucional⁹⁷, debidamente reglamentado en leyes ordinarias⁹⁸ y actos administrativos que garantizan la demarcación y titulación de los territorios colectivos⁹⁹. Adicionalmente, el Estado colombiano dispone de la acción de tutela (o acción de amparo) para garantizar la protección de la propiedad indígena, la cual es considerada como un derecho directamente relacionado con la supervivencia física y cultural de los pueblos indígenas¹⁰⁰.

⁹⁶ La protección que el artículo 63 de la Constitución Política de 1991 establece al determinar que los territorios indígenas son inalienables, inembargables e imprescriptibles, debe interpretarse, en el sentido de que dichas restricciones las estableció el constituyente con el propósito de que las áreas alinderadas o delimitadas como resguardos indígenas, se mantengan incólumes e intangibles, y por lo tanto, no puedan ser alteradas por el legislador, y menos aún por la administración que este habilite.

⁹⁷ Artículo 63 y 329 de la Constitución Política (CP) de 1991.

⁹⁸ Ley 160 de 1994

⁹⁹ Decreto 2164 de 1995

¹⁰⁰ "Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas 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. 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. Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución." Corte

En el caso colombiano la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es llamada de Resguardos Indígenas¹⁰¹ y es una institución jurídica de herencia colonial que además de la propiedad tiene implícita una categoría política de autogobierno con amplios márgenes de autonomía administrativa y jurisdiccional en el marco de la ley y la Constitución Colombiana. La carta constitucional reconoce que las autoridades indígenas son competentes tanto para gobernar sus territorios y recursos naturales (artículo 329 y 330 de la CP de 1991), como para administrar justicia según su normatividad y organización social interna (artículo 286 de la C.P de 1991).

La Corte Constitucional retoma citas de la Asamblea Nacional constituyente para decir que: *“Sin este derecho (derecho a la propiedad de la tierra) los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat¹⁰². “Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios**”¹⁰³ (el destacado es del autor).*

En Colombia es importante diferenciar la propiedad colectiva de los territorios indígenas, jurídicamente llamados de **resguardos indígenas**, de las **Entidades Territoriales Indígenas (ETIs)**, que son entidades político administrativas previstas en la CP de 1991 como estructuras de gobierno local que aún no han sido implementadas por ausencia de legislación *infra* constitucional¹⁰⁴, y que tiene una dimensión administrativa totalmente diferente de la propiedad colectiva. Los resguardos indígenas son actualmente la única institución jurídica referente a la propiedad colectiva de los territorios tradicionales¹⁰⁵, mientras las ETIs son estructuras político administrativas que eventualmente pueden abarcar tanto territorios colectivos como propiedades particulares al interior de su jurisdicción, y que actualmente no existen fuera de la norma constitucional que ordena su creación.

Las normas colombianas prevén que la administración de los resguardos sea hecha por las respectivas autoridades tradicionales de las comunidades de acuerdo con sus usos y costumbres, así como con la legislación especial sobre la materia¹⁰⁶, lo que nos remite necesariamente a la ley 21 de 1991 que incorpora el Convenio 169 de la OIT, el cual añade el derecho de los pueblos indígenas de usar, administrar y

Constitucional de Colombia, Sentencia T-380 de 1993, Magistrado ponente (M.P): Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰¹ La propiedad colectiva de los pueblos indígenas es llamada por la legislación colombiana de Resguardos Indígenas, los cuales son definidos como: *“una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.”* Artículo 21 Decreto 2164 de 1995.

¹⁰² Asamblea Nacional Constituyente, ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Berry. Gaceta Constitucional No. 67, pág. 18.

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-188 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁴ El artículo 329 de la Constitución Política de 1991 exige la promulgación de la ley Orgánica de Ordenamiento Territorial para la implementación de las ETI's. Dicha ley no ha sido expedida a pesar de más de 17 proyectos de ley sobre la materia que han sido archivados en el Congreso Nacional por vencimiento de plazo.

¹⁰⁵ Antes de la Constitución Política de 1991 y de la expedición 160 de 1993, existían además de los resguardos indígenas las llamadas reservas indígenas, las cuales eran definidas como baldíos ocupados por pueblos indígenas. Actualmente el parágrafo 5º del artículo 85 de la ley 160 y el artículo 2º del decreto 2164 de 1995 ordenan que dichas reservas sean tratadas como resguardos indígenas para todos los efectos legales.

¹⁰⁶ Artículo 22 Decreto 2164 de 1995.

conservar los recursos naturales existentes en sus territorios y refuerza el principio de autonomía de los pueblos indígenas para definir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural¹⁰⁷.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

En principio sí, con las limitaciones provenientes de las obligaciones ambientales derivadas del cumplimiento de la función ecológica de la propiedad, según la cual los resguardos indígenas están sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables, con arreglo a los usos, costumbres y cultura de los pueblos indígenas¹⁰⁸. Dicha obligación explícita que hace referencia a los Resguardos Indígenas se extiende a todos los tipos de territorios indígenas reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano tales como reservas indígenas, tierras comunales de grupos étnicos y parcialidades indígenas¹⁰⁹, en la medida en que la legislación nacional equipara el concepto de Resguardo Indígena con el de territorio definido en la Convención 169 de la OIT que incluye todo tipo de territorio tradicionalmente utilizado por los pueblos indígenas sin distinción de título de propiedad¹¹⁰.

Con relación a la propiedad de los recursos forestales en tierras indígenas, es necesario aclarar que la regla general en el ordenamiento jurídico colombiano es que los recursos naturales renovables, como los bosques nativos, pertenecen al Estado, sin perjuicio de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes particulares¹¹¹, según los artículos 8º, 63, 79 inciso 2, 80, 102, 330 parágrafo de la CP de 1991 y el artículo 42 del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables¹¹². Sin embargo, cuando los bosques nativos están al interior de un territorio indígena, dicha regla es excepcionada en virtud de los principios constitucionales que reconocen y protegen la titularidad de la propiedad colectiva de los territorios y los recursos naturales tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas, y sin cuya disposición estarían seriamente comprometidas las condiciones para la sobrevivencia física y cultural de los pueblos que dependen del bosque como principal fuente de alimento y abrigo.

¹⁰⁷ Artículo 7º Ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio 169 de la OIT.

¹⁰⁸ Artículo 25 del Decreto 2164 de 1995.

¹⁰⁹ Todas estas denominaciones para territorios indígenas son anteriores a la Constitución de 1991. La ley 160 de 1994 y el decreto 2164 de 1995 ordenan que tanto parcialidades como reservas indígenas sean reconocidos como resguardos indígenas, siendo esta la institución jurídica en Colombia que reconoce plenamente los derechos colectivos sobre el territorio tradicionalmente ocupado por los pueblos indígenas.

¹¹⁰ Artículo 13 y 14 de Ley 21 de 1991 que ratifica la Convención 169 de La OIT.

¹¹¹ Si bien en Colombia los recursos naturales renovables son propiedad de la Nación, en el nivel regional su administración corresponde a las Corporaciones Autónomas Regionales, las autoridades de gran centro urbano y las autoridades ambientales de los distritos de Barranquilla, Santa Marta y Cartagena. De acuerdo con el numeral 9 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, estas entidades están facultadas para otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente, otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas, y establecer vedas para la caza y pesca deportiva.

¹¹² Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, ley 2811 de 1974. ARTICULO 42. Pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales regulados por este Código que se encuentren dentro del territorio nacional, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por particulares y de las normas especiales sobre baldíos. Consultar en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1974/decreto_2811_1974.html

En ese sentido la Corte Constitucional ha afirmado que: “El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende la **propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales renovables existentes en su territorio.** Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. **La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios** - la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330) -, **se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.** En este orden de ideas, mal pueden los apoderados de MADARIEN apelar a una lectura parcial del artículo 42 del Código Nacional de Recursos Naturales, para desconocer el **derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales renovables que se encuentran en territorio de sus resguardos.** Derecho colectivo que debe en todo caso ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales necesarios para preservar el medio ambiente (CP arts. 8, 79, 80, 333, 334) y los recursos naturales renovables (D. 2811 de 1974, arts. 202 y ss.)” Sentencia T-380 de 1993.(El destacado es del autor)

Es posible concluir que los pueblos indígenas son propietarios de los recursos forestales ubicados dentro de sus territorios teniendo pleno derecho de uso y goce sobre ellos. El reconocimiento de este derecho sobre los recursos naturales renovables impide a la Nación ejercer cualquier derecho de disposición sobre los recursos forestales localizados en resguardos indígenas.

La ley dispone que los aprovechamientos forestales realizados por comunidades indígenas en territorios indígenas se regirán por **“las normas especiales que regulan la administración, manejo y uso de recursos naturales renovables por parte de estas comunidades”**¹¹³, lo cual básicamente nos remite al Convenio 169 de la OIT, norma especial vigente de jerarquía constitucional, que explícitamente habla del derecho exclusivo de administración, manejo y uso de los recursos naturales de los pueblos indígenas, lo que inmediatamente excluye cualquier posibilidad de obligar a estos a obtener permisos y autorizaciones de la Autoridad Ambiental Regional para realizar aprovechamiento forestal en sus territorios.

Consecuentemente, no es posible limitar o reglamentar, ni es necesario formalizar acuerdos sobre el uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales que utilizan de manera tradicional los pueblos indígenas. Tampoco es admisible que el Estado autorice la explotación de recursos forestales por terceros en estos territorios, en la medida en que estos recursos no le pertenecen y pueden colocar en serio riesgo las condiciones de sobrevivencia de los pueblos indígenas que de ellos dependen¹¹⁴.

¹¹³ Artículo 44 Decreto 1791 de 1996. “Los aprovechamientos forestales que se pretendan realizar por comunidades indígenas en áreas de resguardo o reserva indígena o por comunidades negras de que trata la ley 70 de 1993 se regirán por las normas especiales que regulan la administración, manejo y uso de recursos naturales renovables por parte de estas comunidades. Los aspectos que no se encuentren expresamente previstos en normas específicas, quedan sujetos al cumplimiento de lo señalado en el presente Decreto.”

¹¹⁴ “[...] un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra. Dicha propiedad colectiva, que es desarrollo del Convenio 169 de la OIT., permite a los pueblos indígenas tener el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras. [...]”¹¹⁴

Lo anterior no quiere decir que los pueblos indígenas están exentos del cumplimiento de las obligaciones ambientales que les corresponden como propietarios colectivos de territorios, los cuales, como todo tipo de propiedad, deben cumplir con la función ecológica que les corresponde¹¹⁵. Según la legislación nacional, “Los Resguardos Indígenas quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad. Así mismo, con arreglo a dichos usos, costumbres y cultura, **quedan sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente**”¹¹⁶.

De cualquier forma, las afectaciones ambientales a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas no pueden llegar a la imposición de cargas que afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad, desacreditando su naturaleza fundamental vinculada con el derecho a la vida de los pueblos indígenas. Así, a diferencia de las propiedades privadas de carácter ordinario que la ley ordena expropiar en casos de fuerte afectación ambiental, cuando se trata de resguardos indígenas, de naturaleza inalienable, es la afectación ambiental la que debe ceder al derecho de propiedad de los pueblos indígenas y adaptar las condicionantes ambientales a las demandas, usos y tradiciones de los pueblos indígenas que habitan estas áreas¹¹⁷.

Estando clara la titularidad de los pueblos indígenas sobre los recursos forestales en sus territorios, siendo obligados a conocer y cumplir las obligaciones ambientales derivadas de la función ecológica de la propiedad, resta discutir cómo opera dicha titularidad en los casos de superposición de áreas naturales protegidas y resguardos indígenas, considerando que en la región Amazónica de Colombia la casi totalidad de los territorios indígenas están sobrepuestos a la Reserva Forestal de la Amazonía creada por la ley 2ª de 1959, y el 4,2% de los resguardos indígenas está traslapado con Parques Naturales Nacionales -PNN.

¿PUEDEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DISPONER DE LOS RECURSOS FORESTALES LOCALIZADOS EN SUS TERRITORIOS CUANDO ESTOS ESTÁN SOBREPUESTOS CON RESERVAS FORESTALES Y PARQUES NATURALES?

Si, siempre y cuando las actividades realizadas por los pueblos indígenas en disposición de los recursos forestales de sus tierras sean compatibles con los objetivos de conservación de las áreas protegidas.

Así, el artículo 7º del Decreto 622 de 1977 indica que: **“No es incompatible la declaración de un Parque Nacional Natural con la constitución de una reserva indígena;** en consecuencia cuando por razones de orden ecológico y geográfico

¹¹⁵ “Esta propiedad colectiva se asimila a la propiedad privada y, en consecuencia, le corresponderá a sus titulares la administración y, adicionalmente, en ejercicio de las facultades de autogobierno local, les correspondería determinar lo referente al uso del suelo, incluida la preservación de los recursos naturales renovables” LABORDE Ramón. “Los Territorios indígenas traslapados con áreas del sistema de parques naturales en la Amazonía colombiana: situación actual y perspectivas.” Documentos de Políticas Públicas No. 23 Foro Nacional Ambiental. Pág.3

¹¹⁶ Artículo 87 Ley 160 de 1994 y artículo 25 Decreto 2164 de 1995.

¹¹⁷ Las restricciones y obligaciones ambientales que los territorios indígenas deben cumplir están definidas en la legislación ambiental como aquellas relativas a la manutención de cobertura vegetal en la ribera de los ríos y en las inclinaciones de tierra que cada región define, así como las obligaciones referentes a prevenir y controlar incendios forestales (Artículos, 184, 202, 206 y 244 del Decreto Legislativo 2811 de 1974). Las restricciones mencionadas son plenamente aplicables en tierras indígenas siempre y cuando no comprometan el aprovechamiento de recursos naturales vinculados con la sobrevivencia de los pueblos indígenas que los usan y gozan tradicionalmente.

haya de incluirse total o parcialmente un área ocupada por grupos indígenas dentro del Sistema de Parques Naturales Nacionales, los estudios correspondientes se adelantarán conjuntamente con el INCODER y el Instituto Colombiano de Antropología, con el fin de establecer un **régimen especial en beneficio de la población indígena**, de acuerdo con el cual se respetará la **permanencia de la comunidad y su derecho al aprovechamiento económico de los recursos naturales renovables**, observando las tecnologías compatibles con los objetivos del Sistema señalado al área respectiva.”

Las reservas indígenas a las cuales hace referencia el decreto 622 de 1977 son equiparadas por el artículo 2º del decreto 2164 de 1995 al concepto de territorio indígena incorporado en el Convenio 169 de la OIT y a las tierras comunales de grupos étnicos, consideradas inembargables, imprescriptibles e inalienables en el artículo 63 de la CP de 1991. En ese orden de ideas, es posible concluir que la compatibilidad entre territorio indígena y parques nacionales se aplica para cualquier tipo de denominación jurídica que reconozca los derechos de uso y goce de los pueblos indígenas sobre sus territorios y recursos naturales en ellos existentes.

Con relación a los aprovechamientos forestales por parte de los pueblos indígenas en áreas sobrepuestas con PNN en principio están limitadas solamente a aquellas actividades de sobrevivencia que no sean contrarias a los objetivos de conservación del área¹¹⁸. Esto quiere decir que las actividades tradicionales de uso y goce de los recursos naturales están permitidas, lo que no es claro, es hasta qué punto los pueblos indígenas pueden ejercer su autonomía para definir el desarrollo económico, social y cultural de su propio territorio más allá de las limitaciones ambientales y de las actividades consideradas como tradicionales en ese contexto de superposición.

Al respecto es importante considerar que, por un lado, el interés de conservación de áreas consideradas estratégicas por el Estado colombiano, no se podría sobreponer al derecho de los pueblos indígenas de definir sus propias prioridades de desarrollo económico, cultural y social (artículo 7º del Convenio 169 de la OIT), y que por otro lado, cualquiera que sea la decisión de utilización de los recursos naturales renovables que hagan los pueblos indígenas, esta debe respetar el marco de la función ecológica y las obligaciones ambientales de la propiedad, lo cual impide que, aun queriendo, los pueblos indígenas puedan mudar totalmente el uso forestal del suelo. Lo anterior dificulta pensar en desarrollar proyectos de deforestación evitada en estas áreas.

Claramente, los casos de territorios indígenas sobrepuestos con PNN tendrán que incluirse en las dimensiones de estímulo a la conservación y manutención de la cobertura forestal, y tendrán que hacer parte del conjunto de estímulos positivos que colaboran con las condiciones necesarias para el cumplimiento de la función de conservación de estas áreas. Los eventuales recursos derivados de proyectos de REDD, en estos casos deberían ayudar a asegurar las presiones económicas existentes para que los pueblos que viven en esas áreas puedan continuar conservando los recursos forestales como lo han venido haciendo.

¹¹⁸ Artículos 12 y 15 Decreto 1791 de 1996. En los Parques Nacionales están prohibidas las actividades de tumba, quema y siembra, caza, pesca; así como las actividades forestales, agropecuarias, industriales, mineral, petroleras, hoteleras, o cualquier otra actividad que vaya en contra de los objetivos de conservación del área.

La más importante consecuencia jurídica de la superposición es la imposibilidad de realizar exploración de recursos del subsuelo en área de PNN, lo que garantiza que los territorios indígenas ubicados en estas áreas estén exentos de este tipo de expropiación territorial¹¹⁹.

En efecto, hasta el momento en las áreas de superposición los usos corrientes de recursos naturales por parte de los pueblos indígenas no han sido impedidos por la existencia de los parques, al contrario, su existencia ha evitado la exploración de recursos del subsuelo, propiedad del Estado, en estas áreas: “el régimen general del SPNN [Sistema de Parques Naturales Nacionales] no tiene aplicabilidad dentro de los territorios indígenas, salvo para el caso de la autorización de exploración y explotación de recursos del subsuelo de propiedad del Estado, o de permisos de explotación comercial o industrial de recursos naturales renovables. Es decir que los miembros de las comunidades indígenas en áreas traslapadas de manera interrumpida y pacífica han venido realizando el manejo, uso y aprovechamiento de sus recursos naturales, sin que hubiesen operado las limitaciones dispuestas en dicho régimen.”¹²⁰

Con relación a la superposición entre Reservas Forestales y resguardos indígenas, la ley vigente no es tan explícita como en el caso de traslape con PNN, sin embargo declara la posibilidad de creación de resguardos al interior de reservas forestales, lo que permite deducir que no se trata de instituciones excluyentes.

Al respecto, la ley 160 de 1993 en el párrafo 6º del artículo 85 señala que: “Los territorios tradicionalmente utilizados por pueblos indígenas nómadas, seminómadas o agricultores itinerantes para la caza, recolección u horticultura, que se hallaren **situados en zonas de reserva forestal** a la vigencia de esta ley, **sólo** podrán destinarse a la **constitución de resguardos indígenas**, pero la **ocupación y aprovechamiento** deberán someterse además, a las **prescripciones que establezca el Ministerio del Medio Ambiente y las disposiciones vigentes sobre recursos naturales renovables**”.

Sería posible interpretar que en el caso de superposición de resguardos con reservas forestales además de operar las mismas excepciones de usos tradicionales de los recursos naturales que operan en los casos de PNN, las reservas forestales son un tipo de área protegida mucho menos restricta que un PNN, siendo posible la realización de actividades no tradicionales en su interior sin desvirtuar los objetivos ambientales del área¹²¹. De hecho la legislación permite se sustraigan áreas de la reserva para la realización de actividades no forestales.

Para la realización de actividades no forestales en áreas de reserva, que no son actividades tradicionales de los pueblos indígenas, estos pueden solicitar a la autoridad ambiental regional la sustracción de una parte de la reserva forestal dentro de su territorio con el objetivo de hacer aprovechamientos económicos diferentes a

¹¹⁹ Sentencia C-649 de 1997. Corte Constitucional.

¹²⁰ LABORDE, Ramón. “Los Territorios Indígenas Traslapados con áreas del Sistema de Parques Naturales”, In: Documentos de Políticas Públicas, número 23 publicación del Foro Nacional Ambiental. Diciembre de 2007.

¹²¹ El artículo 207 del Código de Recursos Naturales Renovables (en adelante, CRNR) señala que: “**El área de reserva forestal sólo podrá destinarse al aprovechamiento racional permanente de los bosques que en ella existan o se establezcan y, en todo caso, deberá garantizarse la recuperación y supervivencia de los bosques**”.

los forestales, demostrando que no se perjudica la función protectora de la reserva. Así el artículo 210 de CRNR señala que: “Si en área de reserva forestal, por razones de utilidad pública o **interés social**, es necesario realizar **actividades económicas que impliquen remoción de bosques o cambio en el uso de los suelos o cualquiera otra actividad distinta del aprovechamiento racional de los bosques**, la zona afectada deberá, debidamente delimitada, ser previamente sustraída de la reserva. **También se podrán sustraer de la reserva forestal los predios cuyos propietarios demuestren que sus suelos pueden ser utilizados en explotación diferente de la forestal, siempre que no se perjudique la función protectora de la reserva.”**

Lo anterior quiere decir que, en el caso de territorios indígenas sobrepuestos con reservas forestales, los pueblos indígenas pueden legalmente cambiar el uso forestal del suelo para otro tipo de usos, siempre y cuando cumplan con los condicionamientos ambientales para tal mudanza, lo cual implica que, en cumplimiento de la función ecológica de la propiedad, los pueblos indígenas no podrán mudar el uso forestal de la TOTALIDAD del suelo en su territorio, siendo necesario definir un área para ser sustraída de la reserva forestal. La proporción de dicha área deberá ser identificada entre la Autoridad Ambiental Regional y los pueblos indígenas.

Adicionalmente, con relación a las leyes referentes a Reservas Forestales se establece que cualquier obra de infraestructura a ser realizada en el área, debe garantizar que no atenta contra la conservación de los recursos naturales renovables, lo que constituye una garantía adicional para la manutención de los recursos naturales propiedad de los pueblos indígenas que habitan estas áreas.¹²²

Finalmente, con relación a las actividades de reforestación y forestación de áreas degradadas en territorios indígenas sobrepuestos con reservas forestales la ley permite y estimula ese tipo de actividades en el artículo 231 del CRNR.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Si. El ordenamiento jurídico colombiano reconoce como sujetos colectivos de derechos fundamentales a los pueblos y comunidades indígenas¹²³, los cuales a su vez son representados judicial y extrajudicialmente por sus autoridades tradicionales.

¹²² Artículo 208 Decreto Legislativo 2811 de 1974. “Vías, embalses, represas o edificaciones, y la realización de actividades económicas dentro de las áreas de reserva forestal, requerirán licencia previa. La licencia sólo se otorgará cuando se haya comprobado que **la ejecución de las obras y el ejercicio de las actividades no atenta contra la conservación de los recursos naturales renovables del área.**”

¹²³ Actualmente, la Constitución misma hace mención explícita de las comunidades indígenas en los artículos 10, 96, 171, 246, 329 y 330. Y es definida como “el conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.” Artículo 2. Decreto 2164 de 1995.

La ley define como autoridades tradicionales aquellos “miembros de la comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social”¹²⁴.

Las autoridades tradicionales ya incorporadas en la ley son los cabildos indígenas, reconocidos en la ley 89 de 1890 y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas (AATIs) reconocidas como organizaciones de representación de autoridades indígenas en el Decreto 1088 de 1993.

La ley define Cabildo Indígena como “una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.” (El destacado es del autor)

Las AATIs son definidas como: “entidades de Derecho Público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”¹²⁵, y que no comprometen la autonomía de las comunidades y autoridades asociadas a ellas¹²⁶.

Entre los objetivos de las AATIs está el de “adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas”¹²⁷, lo cual quiere decir que este es un tipo de personería jurídica que recoge tanto el carácter tradicional de las autoridades de cada pueblo, como que es una institución jurídica disponible para actividades no necesariamente tradicionales, como podría ser la realización y ejecución de proyectos de REDD para la emisión y comercialización de créditos de carbono de titularidad directa de las comunidades indígenas posiblemente asociadas en AATIs.

Finalmente, vale la pena destacar que la jurisprudencia colombiana ha sido categórica en afirmar que las autoridades indígenas no tienen por sí solas poder omnipotente para disponer de los recursos naturales de las tierras indígenas, estando siempre sometidas a la decisión definitiva de las comunidades y pueblos que representan. Así la Corte señala que: “El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales, debe ser ejercida con plena responsabilidad. **En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina ultra vires frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio**, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante”¹²⁸.

¹²⁴ Artículo 20 Decreto 2164 de 1995.

¹²⁵ Artículo 2º. Decreto 1088 de 1993.

¹²⁶ Artículo 4º. Decreto 1088 de 1993. **AUTONOMÍA.** La autonomía de los Cabildos o Autoridades Tradicionales Indígenas no se compromete por el hecho de pertenecer a una asociación.

¹²⁷ Numeral a) Artículo 3º Decreto 1088 de 1993.

¹²⁸ Sentencia No. T-380 de 1993.

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Si. A pesar de los reconocimientos jurídicos mencionados en los acápite anteriores, el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas no es un derecho absoluto y el Estado colombiano puede limitar el uso y goce sobre los recursos naturales renovables existentes en los territorios indígenas para explotar recursos naturales del subsuelo y realizar obras de infraestructura consideradas de interés nacional, sin que la oposición de los pueblos indígenas sobre esa decisión tenga valor vinculante.

Sin embargo, se reconoce el derecho de consulta como un derecho fundamental de los pueblos indígenas vinculado con su derecho de participación. Según la Corte Constitucional el derecho de consulta previa tiene origen constitucional, es un derecho fundamental de los pueblos indígenas pero no es vinculante para el Estado: “Se ha previsto cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”¹²⁹

En Colombia el derecho de consulta para la exploración de recursos naturales no ha sido reglamentado y la jurisprudencia existente coincide en que este no implica el derecho de veto de un pueblo indígena sobre una decisión gubernamental de explotación de recursos del subsuelo. Las normas y jurisprudencia interna son extensas sobre el tema, y siempre concluyen que la decisión final de medidas legislativas y administrativas que afectan a los pueblos indígenas, es del Estado.

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica”¹³⁰.

En Colombia no fue reglamentada la consulta previa y la única disposición legal vigente sobre el asunto habla de la competencia de la Dirección de Etnias para coordinar la ejecución de la consulta.¹³¹ Según la legislación nacional se debe

¹²⁹ Sentencias SU 039 de 1997 y T-652 de 1998.

¹³⁰ Sentencia SU 039 de 1997.

¹³¹ Decreto 200 de Febrero 3 de 2003. Por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de Justicia, y se dictan otras disposiciones. Artículo 16. Funciones de la Dirección de Etnias. Son funciones de la Dirección de Etnias las siguientes: [...] 4. Coordinar

respetar la opinión de los pueblos indígenas afectados con relación a la implementación de obras de infraestructura en sus territorios y se debe elaborar e implementar un reglamento intercultural de uso en concertación con la comunidad y con la participación del Ministerio del Interior. En ningún caso se señala que los pueblos indígenas pueden vetar la construcción de una obra de infraestructura dentro o que afecte sus territorios, al contrario, se da por hecho la aceptación de la existencia de la obra y se indica la necesidad de que los pueblos adapten sus formas de vida a través de la definición de “reglamentos interculturales”.

En ese sentido la ley afirma que: “Los resguardos indígenas estarán sometidos a las servidumbres establecidas por las leyes vigentes. Cuando en un resguardo se requiera la construcción de obras de infraestructura de interés nacional o regional, sólo podrán constituirse previa concertación con las autoridades de la comunidad y la expedición de la licencia ambiental, cuando esta se requiera, determinando la indemnización, contraprestación, beneficio o participación correspondiente”.¹³²

De cualquier forma la legislación interna debe armonizarse con la legislación internacional aplicable al Estado colombiano, entre la cual se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que explícitamente identifica como límite a la ejecución de obras dentro o que afectan territorios indígenas el principio y derecho de sobrevivencia física y cultural de los pueblos como ya fue desarrollado en el segundo acápite de este documento.

Con relación a la explotación de los recursos del subsuelo que pueden afectar el derecho de uso y goce de los recursos forestales de los pueblos indígenas en sus territorios, la primera constatación que debe ser hecha sobre este asunto es que los recursos del subsuelo le pertenecen al Estado y este podrá explotarlos directamente o a través de terceros, a los que puede concederles a título oneroso su explotación.

En los casos en que las riquezas del subsuelo se encuentren ubicadas en áreas reconocidas como territorio tradicional de pueblos indígenas, la Constitución política dispone que la explotación se hará: “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”, y que “en las decisiones que se adopten al respecto de dicha exploración, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.” (Parágrafo, artículo 330 de la CP de 1991).

Adicional a esta disposición constitucional, el numeral 2º del artículo 15 de la ley 21 de 1991 que incorpora el Convenio 169 de la OIT, considera que aun en los casos en que los recursos del subsuelo son propiedad de los Estados, estos tienen la obligación de “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”. Derecho de consulta que a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, siempre que envuelva el derecho a la supervivencia física y cultural de un pueblo, opera la obligación del Estado de obtener el consentimiento de este antes de desarrollar cualquier actividad exploradora o exploratoria en su territorio.

interinstitucionalmente la realización de la consulta con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos de conformidad con la ley.

¹³² Decreto 2164 de Diciembre 7 de 1995. Por el cual se reglamenta parcialmente el capítulo XIV de la ley 160 de 1994. **Artículo 23. Servidumbres y construcción de obras.**

Con relación específica a la explotación minera en tierras indígenas¹³³, es hoy permitida en Colombia en las áreas definidas por la ley como zonas mineras indígenas, que son áreas al interior de territorios indígenas en las que es posible explorar riquezas minerales¹³⁴ por las propias comunidades indígenas, las cuales tienen un derecho de prelación para la exploración, que puede ser ejercida por ellas o por terceros que éstas contraten para hacer exploraciones parciales o totales en sus territorios¹³⁵. Los particulares sólo podrán acceder a las zonas mineras indígenas si la comunidad desiste de ejercer su derecho preferencial de explotación.

El punto aquí es que una vez son declaradas las zonas mineras, la ley no le permite a los pueblos indígenas negarse a la existencia de exploración mineral en la totalidad de sus territorios. Sin embargo, en el momento de delimitar las zonas mineras indígenas¹³⁶, la ley prevé que los propios pueblos pueden indicar *áreas indígenas restringidas* que deben ser excluidas para explotación, así el artículo 127 de la ley 685 se menciona que: “La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.” De esta manera, los pueblos indígenas en Colombia solamente tienen la opción de excluir pequeñas áreas dentro de sus territorios para la explotación minera.

Concluyendo, los pueblos indígenas no siempre consiguen disponer plenamente de los recursos naturales existentes en sus territorios, sin embargo las normas nacionales exigen que la explotación de recursos del subsuelo, como la construcción de obras de infraestructura dentro o que afecten territorios indígenas se haga de manera excepcional. En Colombia no es reconocida la obligación del Estado de obtener el consentimiento de los pueblos afectados por emprendimientos económicos que afecten sus territorios, sin embargo la ley prevé áreas intangibles para la explotación de recursos minerales, previa indicación hecha por los propios pueblos indígenas.

¹³³ Conforme al Artículo 5 de la Ley 685 correspondiente al título I sobre disposiciones generales del Código, los minerales de cualquier clase y ubicación yacentes en el suelo o subsuelo en cualquier estado físico natural son de la **exclusiva propiedad del Estado** sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. Así mismo, se ha de considerar que para efectos de la protección a los grupos étnicos, la ley define como **territorios indígenas** las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y las demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.

¹³⁴ Ley 685, ARTÍCULO 122. *ZONAS MINERAS INDÍGENAS*. <Inciso CONDICIONALMENTE exequible>. El inciso 1º fue declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-418-02 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 418 de 28 de mayo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis; “bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991” es decir, para la declaración de estas zonas mineras indígenas será necesario hacer consulta previa con los pueblos directamente afectados.

¹³⁵ Ley 685, ARTÍCULO 125. *CONCESIÓN*. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso.

¹³⁶ En sentencia C891 de 2002. M.P Dr. Jaime Araujo Rentería se decidió que las áreas restringidas deben ser declaradas en el momento de la constitución de las zonas mineras indígenas y no de forma posterior.

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA COLOMBIANA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

Si. En Colombia las comunidades indígenas son reconocidas como sujetos colectivos del derecho fundamental de propiedad sobre el territorio y los recursos naturales tradicionalmente usados por ellas. Exceptuando pocos casos de intervención que limitan el uso y goce de los recursos naturales renovables de los pueblos indígenas en sus territorios, y considerando que los territorios indígenas están obligados a cumplir con las obligaciones ambientales derivadas de la función ecológica de la propiedad, los pueblos indígenas tienen el uso, goce, control, administración y disposición sobre los recursos forestales existentes en sus territorios, lo que les permitiría realizar las actividades relativas a proyectos de REDD orientados a la deforestación evitada y la conservación de los bosques nativos en sus territorios.

Por otro lado, las normas domésticas reconocen la capacidad jurídica plena de las autoridades indígenas en representación de los pueblos y comunidades, sin ningún tipo de restricción administrativa o patrimonial, lo cual les permite realizar directamente negocios jurídicos válidos.

Las actividades implícitas en proyectos de REDD como forestación, reforestación, conservación y manutención de áreas boscosas evitando la deforestación y el cambio del uso del suelo para actividades agrícolas o de otra índole diferente a las forestales no son contrarias a la legislación vigente, y en la medida en que sean voluntarias y de iniciativa de los pueblos indígenas como una opción de desarrollo libre y consciente, son perfectamente legítimas y están totalmente ajustadas a la ley.

Colombia ratificó todos los instrumentos internacionales sobre cambio climático y el Protocolo de Kyoto entró en vigencia en el año 2005. Dentro de los trabajos de implementación de las normas internacionales, Colombia ha desarrollado normas específicas para impulsar proyectos de MDL, sin que los proyectos forestales tengan especial importancia. La legislación colombiana no impide que sean los pueblos indígenas los titulares y directos beneficiarios de los créditos de carbono derivados de la reducción de emisiones de GEI producto de las actividades envueltas en proyectos de REDD.

Ecuador

Introducción

Ecuador es uno de los países de la cuenca con mayores dificultades de estabilidad política e institucionalidad jurídica, lo que dificulta un análisis legal consistente de largo plazo. La actual Constitución fue recientemente expedida en el 2008 y su implementación aún es muy tímida y escasa. Por lo anterior, el marco jurídico ecuatoriano es contradictorio y ambiguo tanto en materia ambiental como forestal e indígena.

El actual gobierno ecuatoriano es especialmente entusiasta con las posibilidades de cooperación internacional para promover la conservación de áreas con gran biodiversidad del país como la Amazonía. Sin embargo, los pueblos indígenas,

directamente afectados por sus propuestas, no han participado ni de su elaboración y ni de su debate público. De hecho, Ecuador es proponente de proyectos relativos a la compensación internacional por no explotación de reservas petroleras en el Amazonas, presentando dicha fórmula como una alternativa para disminuir la emisión de GEI por la quema de combustibles fósiles. Iniciativa especialmente importante para países que como este, tienen en la explotación petrolera una fuente significativa de ingresos públicos¹³⁷. Sin embargo, el proyecto Yasuní no ha tenido mucha acogida nacional, ni internacional.

Lo cierto es que aún falta por definirse la legislación nacional que regiría eventuales proyectos de REDD en el territorio ecuatoriano y su compatibilización con la legislación indigenista. La cual, a su vez, reconoce y protege una amplia gama de derechos diferenciados a estos pueblos, entre los cuales indiscutiblemente se encuentra el derecho de propiedad colectiva inalienable, inembargable e imprescriptible, tanto de la tierra, como de los recursos naturales tradicionalmente utilizados por los pueblos indígenas.

En principio, ante la ausencia de legislación específica y frente al entusiasmo con que el actual gobierno recibe los mecanismos de mitigación y compensación sobre emisiones de GEI, los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana hoy podrían legalmente ser ejecutores y directos beneficiarios de proyectos de REDD desarrollados en sus territorios.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR ELLOS?

Si. La Constitución Política del Estado (en adelante CPE), garantiza el derecho de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas de “Conservar la **propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias**, que serán **inalienables, inembargables e indivisibles**” (art.57.4), así como **“Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales”** (art. 57.3), lo que significa que los pueblos indígenas tienen reconocido plenamente el derecho a la propiedad colectiva de su territorio.

A pesar de que el artículo 57 no es explícito en la definición de lo que se entiende por “tierras comunitarias” o por “territorios ancestrales”, es posible interpretar que se trata del concepto de territorio indígena definido en los artículos 13, 14 y 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículos 26 y siguientes de la DNUPI, debido a la remisión que el encabezado del citado artículo hace a las normas internacionales sobre la materia¹³⁸.

Consecuentemente, podemos afirmar que en Ecuador las tierras comunitarias de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas son las tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado en los términos de los artículos 26 y siguientes de la DNUPI. Y que por ahora el régimen jurídico aplicable es la CPE, en especial los artículos 56 y 57, ponderada con los demás principios constitucionales, según interpretación de la nueva Corte Constitucional¹³⁹, y con toda

¹³⁷ Ver información completa sobre el proyecto YASUNI en La página Del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador. <http://www.yasuni-itt.gov.ec/>

¹³⁸ El encabezado del citado artículo 57 señala que los derechos colectivos de los pueblos indígenas consagrados en el texto constitucionales deben ser interpretados “de conformidad con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”.

¹³⁹ <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/>

la legislación y jurisprudencia internacional que sobre la materia Ecuador ha incorporado.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

Si. La CPE garantiza en el numeral 6º del artículo 57 que los pueblos indígenas tienen derecho a **“participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.”** En principio dicha disposición constitucional, interpretada en conjunto con los instrumentos internacionales que son fuente obligatoria para el Estado ecuatoriano, sería suficiente para afirmar que los pueblos indígenas tienen derecho a controlar y administrar los recursos naturales existentes en sus territorios.

El hecho de que el citado numeral 6º haga referencia a un derecho de **“participación”** en el uso, administración y conservación de los recursos naturales deja abierta la posibilidad de que los pueblos indígenas no sean el único titular legítimo de los derechos de disposición sobre los mismos, lo cual será definido con las legislaciones posteriores a la Carta Constitucional que se vienen preparando en el Congreso Ecuatoriano. Uno de esos proyectos es el relativo a la expedición de un Código Ambiental y de Aguas¹⁴⁰ que está actualmente en discusión y que ha despertado mucha polémica sobre su constitucionalidad, tanto en lo que se refiere a los derechos reconocidos a los pueblos indígenas¹⁴¹, como sobre los mismos principios de protección al medio ambiente incorporados en la nueva Constitución de 2008¹⁴².

La redacción ambigua de este derecho en la Constitución ecuatoriana solamente podrá ser evaluada en el momento en que se expida una legislación forestal posterior a la actual Carta y se consolide jurisprudencia sobre la interpretación que de este dispositivo haga la Corte Constitucional ecuatoriana. Por ahora está vigente la ley Forestal y de Conservación de áreas Protegidas y vida silvestre del año 2004, en la cual se garantiza que las áreas de bosques en territorios indígenas sean aprovechadas exclusivamente por los pueblos indígenas que las poseen, previa autorización del Ministerio de Medio Ambiente¹⁴³.

Esa misma ley señala que los pueblos indígenas tienen el derecho exclusivo de aprovechamiento de recursos forestales diferentes de la madera y de la vida silvestre en las tierras de su dominio o posición. El artículo 39, de la citada ley forestal, explicita que el derecho de aprovechamiento exclusivo de los recursos forestales es de los pueblos indígenas y debe ser comprendido según los artículos

¹⁴⁰ Ver texto Del proyecto en:
http://www.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=936&dir=DESC&order=date&Itemid=188&limit=10&limitstart=10

¹⁴¹ Para ver un análisis completo de cómo el mencionado proyecto limita el alcance de los pueblos indígenas ir a: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1705>

¹⁴² Ver críticas al contenido del proyecto de ley por limitar derechos indígenas y definir al Estado como titular exclusivo de cualquier servicio ambiental producido en el territorio ecuatoriano en: http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1146&Itemid=1

¹⁴³ Art. 37.- Exceptúanse de lo dispuesto en el presente capítulo, las áreas de bosques productores del Estado que se encuentren en tierras comunitarias de los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, **las cuales serán aprovechadas exclusivamente por éstos, previa autorización del Ministerio del Ambiente y con sujeción a lo establecido en esta Ley.** (LEY FORESTAL Y DE CONSERVACION DE AREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de Septiembre del 2004.)

83 y 84 de la CP de 1998¹⁴⁴. En ese sentido, es importante resaltar que en la anterior CP del Ecuador ya se garantizaban los derechos de propiedad colectiva inalienable, inembargable e imprescriptible sobre los territorios indígenas, razón por la cual, las mencionadas disposiciones podrían considerarse compatibles con los principios del nuevo orden constitucional¹⁴⁵.

Con relación al régimen aplicable a las áreas sobrepuestas de tierras indígenas y áreas naturales protegidas, la ley de gestión ambiental, aunque anterior a la CPE, ordena la consulta a los pueblos indígenas que están en áreas de unidades de conservación para definir la administración y el régimen aplicable a dichas áreas¹⁴⁶. De cualquier forma, las normas aplicables en estas situaciones deben ser compatibles con el reconocimiento de derechos plenos sobre el territorio y los recursos naturales del artículo 57 de la CPE de 2008.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENA CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Si. En la Constitución se identifican como titulares de los derechos colectivos indígenas cuatro sujetos colectivos diferentes: 1) las comunas, 2) las comunidades, 3) los pueblos y 4) las nacionalidades indígenas. Todas formas de organización política y social reconocidas y promovidas por el Estado con plena autonomía para definir sus estructuras representativas.

Así el artículo 57 de la CPE señala en sus numerales 9, 10 y 15 que los pueblos indígenas tienen derecho a:

“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.

¹⁴⁴ Art. 39.- Los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos tendrán **derecho exclusivo al aprovechamiento de productos forestales diferentes de la madera y de la vida silvestre, en las tierras de su dominio o posesión**, de acuerdo con los Arts. 83 y 84 de la Constitución Política de la República. (LEY FORESTAL Y DE CONSERVACION DE AREAS NATURALES Y VIDA SILVESTRE. Codificación 17, Registro Oficial Suplemento 418 de 10 de Septiembre del 2004.)

¹⁴⁵ CPE 1998. “**Art. 83.-** Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible. **Art. 84.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) **2.** Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.” (El destacado es del autor). El contenido de los citados artículos se diferencia de los textos equivalentes en la CPE de 2008 por las frases destacadas en rojo, las cuales, evidentemente, fueron derogadas en el actual ordenamiento jurídico de Ecuador.

¹⁴⁶ Ley de Gestión ambiental, 2004 -019. Art. 13.- Los consejos provinciales y los municipios, dictarán políticas ambientales seccionales con sujeción a la Constitución Política de la República y a la presente Ley. Respetarán las regulaciones nacionales sobre el Patrimonio de Áreas Naturales Protegidas para determinar los usos del suelo y consultarán a los representantes de los pueblos indígenas, afroecuatorianos y poblaciones locales para la delimitación, manejo y administración de áreas de conservación y reserva ecológica.

15. **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.**

Según las mencionadas disposiciones, los pueblos, comunas y comunidades indígenas tienen derecho a ejercer plenamente la personería jurídica que les permita ejercer conjuntamente derechos colectivos como el derecho al territorio y sus recursos naturales. Resta a la autonomía interna de cada pueblo definir los acuerdos necesarios para el ejercicio y representación de los mencionados derechos en cada caso.

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Si. La nueva Constitución es ambigua y tautológica sobre los efectos jurídicos del derecho de consulta. El artículo 57.7 de la CPE, señala al respecto que: en caso de no obtenerse el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. Es decir, sin respuesta alguna dentro de la norma constitucional.

Basado en la afirmación anterior, parte de la doctrina ecuatoriana viene interpretando que, como aún no existe ley vigente sobre la materia, y que la propia Constitución, en el encabezado del artículo 57, la que señala que los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deben interpretarse de conformidad con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, solamente es posible comprender el artículo 57.7 en los términos del derecho de consentimiento libre, previo e informado. Es decir, en este caso el numeral 7º del artículo 57 debe armonizarse con los artículos 19 y 32 de la DNUDPI, que garantizan el derecho al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre cualquier medida legislativa o administrativa capaz de afectarlos.

Por ahora esa es una de las interpretaciones posibles del texto constitucional que aún no ha sido consolidada en el país. Será el desarrollo legislativo y la jurisprudencia constitucional la que señale al contenido y alcance real del derecho de consulta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Por ahora, pocas leyes han sido expedidas de forma posterior a la CPE de 2008. Entre ellas está la ley que reglamenta la explotación minera en todo el territorio nacional, y en la cual ya aparece la primera tentativa de evitar la aplicación del numeral 7º del artículo 57 sobre el derecho de consulta a los pueblos indígenas¹⁴⁷.

En el artículo 90 de la mencionada ley se hace referencia a la obligación de realizar consultas con los pueblos indígenas en concordancia con el artículo 398 de la CPE¹⁴⁸, el cual dice respecto al derecho de todos los ciudadanos ecuatorianos de

¹⁴⁷ Sobre las técnicas para eludir la consulta a los pueblos indígenas en La ley de Minería, ver: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=1705>

¹⁴⁸ **Art. 398.-** Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada

participar de las decisiones relativas a impactos ambientales que puedan afectarlos. De esta forma, la ley de minería pretende burlar la legislación específica para pueblos indígenas que garantiza el derecho al consentimiento libre, previo e informado reduciéndolo a la simple consulta ambiental que tiene mucho menos poder vinculante.

Es tan alto el grado de desconocimiento de las normas constitucionales en la nueva ley de minería, que la CONAIE ya demandó su inconstitucionalidad ante la nueva Corte Constitucional. Dicha acción se constituye en una de las primeras sobre las cuales el nuevo tribunal tendrá que manifestarse definiendo el alcance del derecho de consulta de los pueblos indígenas, tanto en lo que se refiere a su participación sobre materias legislativas que los afectan, como sobre la consulta en casos de explotación de recursos naturales en sus territorios¹⁴⁹.

Por los antecedentes históricos, como ha venido aplicándose el derecho de consulta previa en Ecuador, es difícil pensar que este pueda realmente tener una aplicación plena que reconozca el derecho de consentimiento que tienen los pueblos sobre las decisiones que afectan sus territorios y recursos¹⁵⁰, sin embargo será necesario esperar la primera decisión de la Corte Constitucional sobre el tema. Lo cierto es que sin nueva reglamentación, ni jurisprudencia, es muy difícil concluir al respecto.

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA ECUATORIANA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

Si, por ahora. Ecuador ha ratificado todas las normas internacionales sobre cambio climático y es un entusiasta participante de las conferencias internacionales sobre el tema. De hecho, es uno de los países de la región Amazónica que más propuestas sobre valorización de los bosques nativos ha intentado colocar sobre la mesa de negociaciones.

La propia CPE de 2008 ya hace referencia a la responsabilidad del Estado ecuatoriano con relación a la disminución de GEI a través de su compromiso voluntario de limitar la deforestación de bosques nativos y de adoptar medidas para la conservación de los mismos¹⁵¹.

En Ecuador actualmente no existe ninguna legislación nacional que reglamente la naturaleza jurídica de los créditos de carbono, lo que no impide que estos puedan ser objeto de negocios jurídicos lícitos. De hecho, el actual gobierno parece interesado en estimular la producción y comercialización de los mismos. En ese sentido, la Política Nacional de Cambio Climático actualmente vigente señala que el Estado promoverá **“el interés de las organizaciones privadas, públicas, comunitarias y de la sociedad civil para identificar proyectos y someterlos a**

de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.

¹⁴⁹ Para ver la demanda de inconstitucionalidad y la admisión de la misma puede consultar: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=node/37

¹⁵⁰ Sobre histórico de aplicación del derecho de consulta en Ecuador, ver: http://www.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/?q=o-que-e/experiencia-america-do-sul/ecuador

¹⁵¹ CPE 2008. **Art. 414.-** El Estado **adoptará medidas adecuadas y transversales** para la mitigación del cambio climático, mediante **la limitación de** las emisiones de gases de efecto invernadero, **de la deforestación** y de la contaminación atmosférica; **tomará medidas para la conservación de los bosques** y la vegetación, y protegerá a la población en riesgo.

los procesos de calificación, selección y aprobación para participar en el mercado del carbono¹⁵².

A pesar de lo anterior, en la CPE de 2008 parece haber indicios de las intenciones del Estado ecuatoriano de estatizar los “servicios ambientales”¹⁵³, entre los cuales se viene incluyendo la “absorción de carbono”¹⁵⁴. Así, el artículo 74 de la Carta Mayor señala que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación y que el Estado regulará su producción, prestación, uso y aprovechamiento.

Por ahora es posible afirmar que la ejecución de proyectos de REDD por pueblos y comunidades indígenas en sus territorios es jurídicamente viable. Según la legislación analizada, los pueblos indígenas no sólo tienen la propiedad sobre los recursos forestales de sus territorios sino que también tienen amplios derechos de autonomía política para la disposición y administración de los mismos, lo que facilitaría un acuerdo contractual con relación a las actividades de deforestación evitada, recuperación de áreas degradadas y manutención de áreas conservadas.

En este momento inicial de la nueva constitución ecuatoriana, los criterios de su interpretación y el desarrollo de la jurisprudencia de la recién creada Corte Constitucional¹⁵⁵, van a ser determinantes para definir el alcance real de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas con relación a los recursos naturales existentes en sus territorios. Adicionalmente, sobre la propiedad de los créditos de carbono, en cuanto no exista ley específica, es posible interpretar que su propiedad está vinculada a los ejecutores de las actividades que directamente los generan. Una vez emitida una legislación concreta al respecto, será necesario evaluar su eventual constitucionalidad a la luz de los derechos reconocidos y garantizados a los pueblos y nacionalidades indígenas de Ecuador.

Perú

Introducción

Perú es el país de la cuenca Amazónica con el reconocimiento y aplicación más precaria de derechos indígenas, exceptuando las Guyanas y Surinam. Fue diferente durante la primera mitad del siglo XX, cuando Perú se consideraba el país con la legislación más progresista y garantista sobre la materia en toda América latina. Desafortunadamente la situación de los pueblos indígenas de Perú es actualmente muy crítica con relación a los derechos territoriales, y uso y goce de recursos naturales que les pertenecen. En lo relativo a recursos forestales y tierras,

¹⁵² Estrategia de Cambio Climático (2006) <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd68/EcuClima.pdf>

¹⁵³ CPE 2008. Artículo 74. “Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.”

¹⁵⁴ **Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad del Ecuador 2001 – 2010**

“1. Captación de recursos financieros internacionales para dirigirlos a necesidades insatisfechas de regiones, ecosistemas, especies, sectores o grupos clave: canje de deuda por naturaleza, pago global por bienes y servicios ambientales (por ejemplo, captura de carbono, pago de regalías por el uso de genes) y captación de donaciones.”

¹⁵⁵ CPE 2008. **Art. 427.-** Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

denominadas por la legislación con “aptitud forestal”, no son actualmente tituladas a los pueblos indígenas, siendo simplemente otorgado a estos una concesión de uso.

Por la abundancia de disposiciones, aún vigentes, acogidas bajo distintos ordenamientos constitucionales, las regulaciones peruanas sobre materia de derechos indígenas, ambientales y forestales, resultan difíciles de comprender, pues además de complejas son ambiguas. Coexisten en el país diversas formas legales de tenencia ejercidas por los indígenas en las que han sido y son sus territorios tradicionales (en propiedad, en usufructo, en áreas de parques naturales, en tierras fiscales). Como señala Roque Roldan, las ambigüedades en la legislación peruana “representan un serio problema para las comunidades en el ejercicio y defensa de sus derechos, y aun para las autoridades que deben atender estos requerimientos”¹⁵⁶.

Respecto a las normas relativas a cambio climático, Perú ha ratificado e incorporado tanto la Convención Marco sobre Clima como el Protocolo de Kyoto, y promueve políticamente la implementación de proyectos de MDL en su territorios, sin embargo, no existe ninguna legislación que regule la generación y comercialización de créditos de carbono, excepto algunas disposiciones en la legislación forestal que identifican el secuestro de carbono como un tipo de servicio ambiental de los bosques. No obstante, en la mencionada conceptualización jurídica, no fueron definidos los efectos y consecuencias concretas que esto tiene sobre las actividades de generación y comercialización de créditos de carbono por entidades privadas o comunitarias, en territorios con diferentes regímenes de tenencia de la tierra como son las tierras indígenas en Perú.

A continuación procedemos a responder las preguntas referentes al alcance jurídico de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y las posibilidades de estos para ejecutar y beneficiarse de eventuales proyectos de REDD en sus territorios.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE POR ELLOS OCUPADOS?

No. A partir de la Constitución Política de 1993 los territorios indígenas dejaron de ser inalienables, conservando únicamente su carácter de imprescriptibles del régimen jurídico anterior, el cual garantizaba su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad desde 1930. Lo anterior significa que, los territorios titulados a las llamadas comunidades nativas y campesinas, no tienen ninguna garantía de permanencia en poder de los pueblos indígenas para los cuales se reconoce su titularidad, y pueden ser vendidos o expropiados en procesos ordinarios de ejecución ejecutiva de prenda real como cualquier otro tipo de propiedad.

El artículo 89 de la Constitución Política peruana (en adelante CP) establece la autonomía y libertad de las comunidades en el uso “y libre disposición de sus tierras”, lo que interpretado con otras disposiciones legales de menor jerarquía, pero específicas sobre el sector agrario, significa que las comunidades indígenas pueden establecer prenda agrícola o hipotecas sobre sus tierras. Así, para efectos de disposición, gravamen, o arriendo de las tierras de comunidades nativas de selva, la legislación permite que dichas actividades sean realizadas con la simple verificación del voto afirmativo de dos tercios de los miembros de la Comunidad, reunidos en

¹⁵⁶ ROLDAN, Roque. “Manual para la Formación en Derechos Indígenas”. Ediciones Abya-Yala. Quito, Ecuador. 2004.

Asamblea General para tal efecto¹⁵⁷. Esto quiere decir, que los pueblos indígenas en Perú fácilmente pueden enajenar y dividir sus tierras.

Por otro lado, los territorios indígenas con cobertura forestal nativa o con “aptitud forestal”, como indica la ley, no son trasladados en propiedad a los pueblos indígenas sino bajo la figura de **concesión de uso**, debido a que el Estado se considera propietario de todos los recursos forestales, incluidos aquellos localizados en tierras indígenas¹⁵⁸. De esa forma el artículo 11 del Decreto Ley 22175 de 1978 establece que: **“La parte del territorio de las Comunidades Nativas que corresponda a tierras con aptitud forestal, les será cedida, en uso y su utilización se regirá por la legislación sobre la materia”**. Es decir, además de los pueblos indígenas no tener la propiedad sobre sus recursos forestales, la concesión de uso del suelo forestal otorgada a comunidades nativas, no responde a ningún tipo de régimen específico para pueblos indígenas sino a reglas comunes sobre exploración forestal de terceros.

En conclusión, para efecto de demarcación de tierras de comunidades nativas, el Estado no incorpora los criterios de uso y ocupación tradicional del territorio al que hacen referencia tanto el Convenio 169 como la DNUDPI, a pesar de ambos instrumentos internacionales estar debidamente incorporados en la legislación nacional¹⁵⁹.

El Perú ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1994, en el mismo Congreso Constituyente en el que aprueba la CP vigente, razón por la cual, algunos doctrinantes peruanos consideran que el Convenio 169 tienen jerarquía de norma constitucional. Lo cierto es que las disposiciones sobre los derechos de los pueblos indígenas anteriores a esta fecha, y actualmente vigentes, se mantienen inalteradas excepto para restringir y limitar aún más los derechos reconocidos desde comienzos del siglo XX, como el hecho de eliminar la condición de no enajenables de las tierras indígenas. Lo anterior no sólo es inconsecuente con la propia legislación vigente en el país, también con los derechos internacionales reconocidos e incorporados en la legislación peruana, pero aún así, ese y otros dispositivos de la misma naturaleza son actualmente aplicados¹⁶⁰.

En decisión reciente del Tribunal Constitucional, de febrero de 2009, los jueces peruanos intentan comenzar a incorporar la dimensión de territorio para las tierras indígenas, en los términos tanto de la Convención 169 como de la misma

¹⁵⁷ Artículo 11. Ley 26505 de 1995. Ley de Tierras.

¹⁵⁸ Decreto Ley 22175 del 9 de mayo de 1978.

¹⁵⁹ Artículo 10º. Decreto Ley 22175 del 9 de mayo de 1978.

¹⁶⁰ La propia jurisprudencia constitucional está comenzando a considerar el Convenio 169 como una norma de rango constitucional en expediente 03343-2007 frente a una demanda interpuesta por el gobierno regional de San Martín contra REPSOL, PETROBRAS y otras del 19 de febrero de 2009. Párr. 31.

“31. Previamente, debe destacarse que “nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades” (STC N.º 0047-2004-AI/TC, Fundamento 22). Así mismo, este Tribunal ha afirmado que los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” (STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33). De tal manera, habiéndose aprobado el Convenio N.º 169 mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.”

jurisprudencia de la CIDH. De esta forma el Tribunal afirma que:

“Es de resaltar que las situaciones jurídicas de ventaja y de desventaja son reconocidas a los grupos étnicos, tomando en cuenta la realidad y las concepciones que ellos guardan sobre el mundo que los rodea. Así, a partir de ello, se debe disponer una tutela adecuada a su contexto y necesidades. Por ejemplo, **la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos, en consecuencia, el artículo 13 de la Convención 169 establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio” ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial.** Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra. La Corte Interamericana lo ha señalado de esta forma en la sentencia del Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua”¹⁶¹ (el destacado es del autor).

En conclusión, el reconocimiento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus tierras es absolutamente frágil y limitado en la legislación peruana, no existiendo ninguna garantía de permanencia del mismo en cabeza de los pueblos y sin la propiedad sobre las áreas de aptitud forestal.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

No. Como mencionamos en el acápite anterior, los pueblos indígenas peruanos tiene solamente un derecho de uso sobre los territorios con reconocida “actitud forestal” que ellos ocupan. La ley reconoce a las comunidades nativas un derecho de preferencia contractual para la “exploración forestal, la extracción forestal y reforestación” en las tierras sobre las cuales tienen concesiones de uso, y ordena que su utilización se haga según la legislación forestal.

No obstante, la legislación peruana es muy ambigua y contradictoria sobre la materia. Por ejemplo, en la ley **Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales**. Se establece que “Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros”¹⁶², pero en la legislación forestal se prohíbe específicamente otorgar concesiones forestales a terceros en tierras de comunidades nativas o campesinas¹⁶³, lo que permitiría interpretar que los pueblos indígenas no tienen un derecho de preferencia contractual sino de uso exclusivo sobre los recursos forestales existentes en sus tierras. Esto último sería más consecuente con las normas internacionales vigentes en Perú, sin embargo es tal la

¹⁶¹ Tribunal Constitucional de Perú, expediente 03343-2007 frente a una demanda interpuesta por el gobierno regional de San Martín contra REPSOL, PETROBRAS y otras. De 19 de febrero de 2009. Párr. 32.

¹⁶² **Ley 26821 de Junio 10 de 1997**. Artículo 18.

¹⁶³ **Decreto Supremo 014-2001-AG de agosto 4 de 2001**. Artículo 43.- Bosques en tierras de comunidades nativas y campesinas son bosques en tierras de comunidades nativas y campesinas, aquellos ubicados dentro del territorio reconocido de las comunidades nativas y campesinas. Su aprovechamiento está sujeto a las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento. **No se otorga concesiones forestales a terceros en tierras de comunidades nativas o campesinas.**

cantidad e inconsistencia de la legislación peruana que resulta difícil afirmar cualquier interpretación de manera contundente.

De cualquier forma, atendiendo el artículo 43 del reglamento de la ley forestal del año 2001 y el artículo 11 del DL 22175 de 1978, que indican que el régimen jurídico aplicable al aprovechamiento forestal de bosques en comunidades nativas es la propia ley forestal y no las normas especiales sobre pueblos indígenas, es posible afirmar que el aprovechamiento forestal por parte de las comunidades nativas está sujeto a la elaboración y aprobación de planes de manejo forestal por parte de las propias comunidades. Dichos planes deben ser sometidos a aprobación de la autoridad competente, y la solicitud para realizar manejo forestal por parte de las comunidades debe estar acompañada de “copia legalizada de acta comunal donde se acuerda realizar dicho aprovechamiento”¹⁶⁴. Como queda evidente, en Perú el aprovechamiento de los recursos forestales de los pueblos indígenas está totalmente sujeto a las reglas generales de explotación forestal y no se les reconoce ningún tipo de autonomía o discrecionalidad en el marco de sus derechos de gestión territorial.

Finalmente, con relación a las restricciones a los derechos de uso y goce de los recursos naturales existentes en razón de la existencia de superposición de áreas protegidas con tierras de las comunidades nativas, la legislación es igualmente contradictoria. Por un lado el artículo 54 del Código del Medio ambiente (Decreto Legislativo No. 613/1990) establece que el Estado peruano reconoce el derecho de propiedad de las comunidades campesinas y nativas sobre las tierras que poseen dentro de áreas naturalmente protegidas, y por otro, el artículo 18 del Decreto Ley 22175 del 9 de mayo de 1978 establece que las comunidades nativas localizadas dentro de los límites de los Parques Nacionales pueden permanecer en ellos, sin título de propiedad, y siempre y cuando no atenten contra los principios que justifican el establecimiento de dichas unidades de conservación. Finalmente, la ley 26834 de 1997 sobre áreas naturales protegidas señala en su artículo 31 que: “La administración del área protegida dará una atención prioritaria a asegurar los usos tradicionales y los sistemas de vida de las comunidades nativas y campesinas ancestrales que habitan las áreas naturales protegidas y su entorno, respetando su libre determinación, en la medida que dichos usos resulten compatibles con los fines de las mismas. El Estado promueve la participación de dichas comunidades en el establecimiento y la consecución de los fines y objetivos de las áreas naturales protegidas.”

Según el Convenio 169, la DNUDPI y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos oponible al Estado peruano, las disposiciones que imposibilitan la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales existentes en sus territorios y restringen su utilización a impositivas condiciones de conservación, vulneran toda la carta de derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas como colectividades con derechos originarios sobre sus territorios y recursos naturales, así como el principio fundamental de libre determinación y autonomía de los pueblos para definir sus prioridades de desarrollo social, económico y cultural.

La falta de coherencia legislativa y la sistemática negación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas explican en parte, los constantes y violentos levantamientos que vienen aconteciendo desde agosto de 2008 por parte

¹⁶⁴ **Ley 27308, Ley Forestal de Fauna Silvestre. Artículo 12. y Artículo 149 del Decreto Supremo 014-2001-AG de agosto 4 de 2001.**

del movimiento indígena en la Amazonía peruana. Así, los pueblos indígenas de la región, liderados por la Aidesep (Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana)¹⁶⁵, decidieron resistir y negarse a la aplicación de normas aún más restrictivas que las mencionadas anteriormente, que terminaban de liberar la comercialización de las tierras de las comunidades nativas y de restringir sus derechos sobre los recursos forestales existentes en sus tierras, todo eso en virtud de los compromisos realizados por el Estado peruano con los Estados Unidos de Norte América en el marco del Tratado de Libre Comercio firmado por ambos países, y para lo cual el Presidente de la República de Perú contaba con poderes excepcionales de legislación¹⁶⁶.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Si. Según el artículo 89 de la Constitución, las comunidades campesinas y las comunidades nativas tienen existencia legal, son personas jurídicas y se les reconoce autonomía en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras.

En el Decreto ley 22175 de 1978¹⁶⁷ el Estado reconoce la existencia legal y la personería jurídica de las **comunidades nativas** y las define como comunidades que tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva¹⁶⁸. Por esta razón, los pueblos indígenas de la región Amazónica son identificados por la legislación peruana como tipos de comunidades nativas. Según la ley, las mencionadas comunidades están constituidas por un conjunto de familias vinculadas por los siguientes elementos: “idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”¹⁶⁹.

La ley exige que las comunidades nativas mantengan estatutos de funcionamiento dentro de los cuales se reglamenten los criterios de pertenencia al grupo, igualmente define que “Se pierde la condición de comunero por residir fuera del territorio comunal por más de doce meses consecutivos, salvo que la ausencia sea motivada por razones de estudio o salud debidamente acreditadas, por traslado al territorio de otra Comunidad Nativa de acuerdo a los usos y costumbres, y por el cumplimiento del Servicio Militar.” (Artículo 9º DL 22175 de 1978).

El Ministerio de Agricultura y alimentación inscribirá a las comunidades nativas en el Registro Nacional de comunidades nativas que para tal efecto lleva desde 1978¹⁷⁰.

¹⁶⁵ <http://www.aidesep.org.pe/>

¹⁶⁶ Para ver un análisis completo sobre los violentos hechos de Bagua y las razones que llevaron al levantamiento indígena en La región amazónica de Perú, ver blog de Bartolomé Clavero, miembro del Foro Permanente sobre Pueblos Indígenas de la Naciones Unidas: <http://clavero.derechosindigenas.org/?cat=27> e informe sobre Perú del Relator especial de Naciones Unidas sobre derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, 20 de julio de 2009: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/07/peruinforme-final-200709.pdf>

¹⁶⁷ Decreto que, a pesar de haber sufrido varias modificaciones, se mantiene vigente en su gran mayoría.

¹⁶⁸ Artículo 7º. Decreto Ley 22175 de 9 de mayo de 1978. Conocido como “Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva”

¹⁶⁹ Artículo 8º. Decreto Ley 22175 de 9 de mayo de 1978.

¹⁷⁰ Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos No. 157- 2001 SUNARP-SN

Posterior a esta legislación, la ley de tierras de 1995, ley N 26.505, mantiene vigente la gran mayoría de dispositivos aprobados en 1978 e introduce una diferencia entre comunidades campesinas de la costa (artículo 10º) y comunidades campesinas y nativas de la sierra y selva (artículo 11º), con el objetivo de definir regímenes jurídicos diferentes para la enajenación de las tierras de cada una de estas comunidades. De esa forma, para las comunidades campesinas y nativas de la sierra y selva se establecen criterios más exigentes para la enajenación de tierras que para las comunidades de la costa.

En la misma ley de 1995 se señala que “Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas son libres de adoptar por acuerdo mayoritario de sus miembros, el modelo de organización empresarial que decidan en Asamblea, no estando sujetas al cumplimiento de ningún requisito administrativo previo.”¹⁷¹ Lo anterior significa que los pueblos indígenas tienen, además de autonomía patrimonial, plena autonomía para desarrollar actividades empresariales, siguiendo la estructura administrativa que libremente decidan según el derecho de autodeterminación a ellos reconocido.

Sobre la capacidad jurídica de los pueblos indígenas y el principio de autodeterminación de los mismos, el Tribunal Constitucional aclara el alcance de este reconocimiento en el ordenamiento jurídico peruano de la siguiente forma: “Tal autodeterminación, sin embargo, no debe ser confundida con pretensiones autárquicas, separatistas o antisistémicas, puesto que deben considerarse junto con el principio de unidad de gobierno e integridad territorial del Estado (artículos 43 y 54 de la Constitución), sustento material de los derechos y deberes de los ciudadanos en su conjunto. Entonces, la libre autodeterminación es la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren derechos fundamentales de terceros, de los cuales el Estado es garante, por ser guardián del interés general y, en particular, de los derechos fundamentales”¹⁷².

Finalmente, es importante recordar que todas las leyes citadas sobre la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas y nativas, se expidieron en el marco del proyecto político de la dictadura militar del Estado peruano (1968-1980) que tenía como objetivo la asimilación de los pueblos indígenas a grupos campesinos que, a pesar de vivir en comunidades, pudieran incorporarse a la economía capitalista del país. Así, entre los considerandos del Decreto Ley de 1978 se señalaba explícitamente el objetivo de “incorporar la colectividad nativa a la vida económica nacional en condiciones equitativas y dignas”. De hecho fue a partir de estos años que no volvieron a utilizarse en la legislación los términos de indígenas o pueblos indígenas, siendo sustituidos por los de comuneros y comunidades campesinas y nativas.

Dicho objetivo no sólo se mantuvo vigente en los proyectos políticos que sucedieron la dictadura militar de los años 70, sino que han sido ratificados por los diferentes gobiernos neoliberales, incluido el actual gobierno de Alan García, que intentó infructuosamente, flexibilizar aún más las reglas de enajenación de tierras indígenas en la Amazonía peruana para garantizar su definitivo ingreso a la economía de mercado.

¹⁷¹ Artículo 8º Ley de Tierras.

¹⁷² Tribunal Constitucional: expediente 03343-2007 frente a una demanda interpuesta por el gobierno regional de San Martín contra REPSOL, PETROBRAS y otras del 19 de febrero de 2009. Párr. 32

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Si. En la legislación peruana no existe ningún tipo de previsión referente al ejercicio legítimo de la consulta a los pueblos indígenas, comunidades nativas y campesinas para la exploración de recursos naturales en sus territorios. Pese a que el Convenio 169 de la OIT está plenamente vigente desde 1994, no ha sido considerado en absoluto durante la definición de la política de promoción de los proyectos mineros y energéticos en territorios de comunidades campesinas y nativas. Tampoco se han establecido procedimientos de consulta previa en torno a cada uno de los proyectos específicos.

La jurisprudencia existente sobre la materia indica que el Convenio 169 de la OIT es una norma programática que necesita ser incorporada mediante ley ordinaria y reglamentada para su aplicación¹⁷³. De esa forma, el Estado peruano desconoce totalmente el derecho de consulta de los pueblos indígenas tanto sobre medidas administrativas como legislativas capaces de afectarlos. Parte de este desconocimiento está siendo denunciado por el movimiento indígena amazónico levantado en protestas desde agosto de 2008.

Al respecto el Relator de Naciones Unidas para los derechos y libertades de los pueblos indígenas, James Anaya, manifestó el 20 de julio de 2009 que: “La falta de un mecanismo para reivindicar los derechos legítimos de los pueblos indígenas a ser consultados o a proteger sus derechos de tierras y territorios, podría contribuir a que los pueblos indígenas se sientan sin opciones adecuadas para la defensa de sus derechos y, por ende, opten por la protesta social, que en algunos casos, podría resultar en la comisión de actos contrarios a la ley. Asimismo, observa que uno de los efectos colaterales de la criminalización de la protesta, en casos no justificados, es la creación de una dinámica que podría generar una falta de confianza entre los pueblos indígenas y las autoridades estatales, con efectos negativos sobre la convivencia y legitimidad democrática.”¹⁷⁴

El Tribunal Constitucional viene impulsando la aplicación de este derecho asimilándolo al derecho de participación ordinario que tiene cualquier ciudadano. Así señala que: “En la actualidad, en el ámbito interno debemos referirnos al Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, que regula lo referente a la participación ciudadana para la realización de actividades de hidrocarburos. En dicha normativa se establece que la “consulta es una forma de Participación Ciudadana” de aquellas poblaciones que podrían verse afectadas por un proyecto de Hidrocarburos. Este Decreto Supremo perfecciona lo establecido en la Resolución Ministerial N.º 535-2004-MEM-DM, que también disponía la realización de talleres y consultas a las comunidades que podían verse afectadas. Así se busca materializar el contenido del Convenio N. 169, por lo que las comunidades nativas y campesinas son los principales sujetos beneficiados con esta normativa.”¹⁷⁵

¹⁷³ Análisis de jurisprudencia sobre el tema realizado por Vladimir Pinto en: PINTO, Vladimir “Situación del Derecho y la consulta y el consentimiento previo, libre e informado a los Pueblos Indígenas en el Perú. RAMA, Jurídica de Defensa de la Amazonía. Quito, Ecuador. 2009 pp.:143-167.

¹⁷⁴ Informe sobre Perú del Relator especial de Naciones Unidas sobre derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas James Anaya, 20 de julio de 2009: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/07/peruinforme-final-200709.pdf> párr. 41.

¹⁷⁵ Tribunal Constitucional: expediente 03343-2007 frente a una demanda interpuesta por el gobierno regional de San Martín contra REPSOL, PETROBRAS y otras del 19 de febrero de 2009. Párr. 37

De esta forma, a pesar de la existencia de varias tentativas de reglamentación del derecho de consulta previa en Perú, la verdad es que actualmente no existen mecanismos idóneos para su ejercicio en los términos que indican tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos Indígenas. Se espera que uno de los resultados concretos de las actuales mesas de negociación entre el movimiento indígena amazónico y el gobierno termine con la adopción de reglas básicas que materialicen el compromiso del Estado peruano de respetar el derecho de consulta y la integridad de los territorios de las comunidades nativas y campesinas del país.

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA PERUANA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

No. En el estado actual de confusión de la legislación indigenista y forestal en Perú, es poco probable que los pueblos indígenas consigan ejecutar y ser los directos beneficiarios de eventuales proyectos de REDD en sus territorios. En teoría las comunidades nativas y campesinas pueden hacer aprovechamiento forestal no maderable en sus territorios mediante la aprobación de un plan de manejo por parte del INRENA, lo que incluiría las actividades relativas a lo que la ley peruana considera como prestación de servicios ambientales de secuestro de carbono. Sin embargo estas actividades están sujetas a reglamentaciones de la ley forestal que aún no han sido expedidas.

El Estado peruano ha ratificado e incorporado todas las normas sobre cambio climático existentes en el marco internacional. A pesar de no existir ninguna legislación infra legal específica sobre la generación y comercialización de créditos de carbono, el gobierno peruano ha manifestado en diversos instrumentos de política pública, su intención de promover el mercado de carbono forestal como una alternativa de desarrollo para la propia región Amazónica.

De forma simultánea a las declaraciones políticas, y sin tratarse específicamente de créditos de carbono, la legislación forestal vigente desde el año 2000 viene identificando jurídicamente la “absorción de dióxido de carbono”¹⁷⁶ como parte de los servicios ambientales del bosque, lo que implica que las actividades relacionadas con este servicio ambiental están sometidas al otorgamiento de una concesión forestal en la modalidad de “concesión forestal con fines no maderables”, según el artículo 10.2 de la ley forestal.

Así, la citada ley establece que: “(...) 2. Concesiones forestales con fines no maderables. El aprovechamiento con fines comerciales e industriales de los **recursos forestales no maderables** se realiza en las condiciones específicas que establece la presente Ley y su reglamento, en las modalidades siguientes: (...) b. **Concesiones para ecoturismo, conservación y servicios ambientales**. Las concesiones en tierras de capacidad de uso mayor forestal o en bosques de protección para el desarrollo de ecoturismo, conservación de especies de flora y fauna silvestre, **secuestro de carbono y otros servicios ambientales** son otorgados por la autoridad competente en las condiciones que establece el reglamento. El tamaño de la unidad de aprovechamiento y el procedimiento para su

¹⁷⁶ Ley 27308 de Julio de 2000. Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 2º Definición de recursos forestales, de fauna silvestre y de servicios ambientales.

promoción son determinados por estudios técnicos realizados a través del INRENA y aprobados por resolución Ministerial del Ministerio de Agricultura.”

A pesar de la falta de una reglamentación que especifique el régimen aplicable a los llamados aprovechamientos no maderables, lo cierto es que según el artículo 12 de la misma ley forestal, las comunidades nativas y campesinas podrán hacer aprovechamiento de recursos forestales no maderables en tierras de las comunidades con la simple aprobación por parte del INRENA de un plan de manejo que garantice el aprovechamiento sostenible de dichos recursos¹⁷⁷. Hasta el momento no ha sido definido el régimen legal aplicable a los aprovechamientos no maderables, pero este tipo de disposiciones sólo ratifican la propiedad del Estado sobre los recursos forestales, lo que eventualmente dificultaría a los pueblos indígenas ser los directos beneficiarios de proyectos de REDD en sus territorios, ya que, la legislación permite que ellos sean concesionarios y no propietarios de los recursos forestales, y por lo tanto no tendrían competencia jurídica plena para ejecutar actividades de deforestación evitada y conservación de bosques nativos, excepto aparentemente, las actividades de secuestro de carbono para recuperación de áreas, pero, en régimen de concesión.

Sin claridad sobre las normas jurídicas aplicables a las concesiones forestales no maderables y bajo los regímenes de concesionarios, los pueblos indígenas tienen poquísimas posibilidades de ser los directos beneficiarios de mecanismos REDD en la Amazonía peruana.

Venezuela

Introducción

Venezuela es uno de los países de la región que más tiempo se demoró en reconocer la existencia de pueblos indígenas en su territorio, y consecuentemente en consagrar y garantizar derechos diferenciados para ellos. Sin embargo, el problema actual en este país no es la falta de legislación e instrumentos jurídicos para garantizar la más amplia carta de derechos indígenas reconocidos en la región. Desde la Constitución Boliviana hasta la ley Orgánica de pueblos y comunidades indígenas, pasando por la ley de demarcación de hábitat y tierras indígenas, la legislación venezolana es muy completa y coherente en sus conceptos. Sin embargo, muchos son los cuestionamientos sobre la capacidad institucional real del Estado de implementar los mencionados dispositivos jurídicos.

A más de una década de la Constitución Bolivariana, los avances en la demarcación de tierras indígenas son realmente insignificantes. Lo que es considerado por muchos especialistas como un indicador de la precariedad del grado de implementación de la legislación indigenista venezolana.

¹⁷⁷ Ley 27308 de Julio de 2000. Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Artículo 12º.- Aprovechamiento de recursos forestales en tierras de las comunidades. Las comunidades nativas y campesinas, previo al aprovechamiento de sus recursos maderables, no maderables y de fauna silvestre con fines industriales y comerciales, deberán contar con su Plan de Manejo aprobado por el INRENA, de acuerdo a los requisitos que señale el reglamento, a fin de garantizar el aprovechamiento sostenible de dichos recursos. La autoridad competente asesorará y asistirá, con carácter prioritario, a las Comunidades Nativas y Campesinas para el fin antes señalado.

Con relación a los instrumentos internacionales relativos a cambio climático, Venezuela ha participado y ratificado tanto la Convención Marco como el Protocolo de Kyoto. Sin embargo, viene afirmando en los foros internacionales su desacuerdo con la implementación de mecanismos de compensación que ayuden a los países del Anexo I a cumplir sus metas obligatorias, ya que considera estos instrumentos una forma de eludir las responsabilidades relativas a la disminución real de GEI de la atmósfera. Por lo tanto, Venezuela no participa de Mecanismos de Desarrollo Limpio y eventualmente, no participaría de mecanismos de REDD en el marco de compensaciones de reducciones obligatorias de GEIs.

Todos los elementos mencionados, tendrán que ser revistos a la luz de la incorporación internacional de los mecanismos de REDD, y del eventual posicionamiento del Estado de Venezuela sobre ellos. Por ahora, el presente texto responde a los cuestionamientos relativos a las posibilidades jurídicas actuales de los pueblos indígenas ser los directos ejecutores y beneficiarios de proyectos de REDD en sus territorios.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS LA GARANTÍA SOBRE LA POSE DE LOS TERRITORIOS TRADICIONALMENTE OCUPADOS POR ELLOS?

Si. A partir de la Constitución de la República Bolivariana de 1999 (en adelante CB), el Estado venezolano reconoció ampliamente los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre su hábitat, los territorios que ancestral y tradicionalmente ocupan, y los que son necesarios para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Adicionalmente, el artículo 119 de la CB define la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre su tierra como inalienable, inembargable, imprescriptible e intransferible¹⁷⁸.

Un concepto innovador en la legislación regional referente a tierras indígenas lo constituye la idea de hábitat indígena como unidad territorial que garantiza las condiciones necesarias para la vida y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas. En el año de 2005, con la expedición de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas (en adelante LOPCI), se incorpora por primera vez en el ordenamiento jurídico de Venezuela la definición positiva de **Hábitat Indígena** como “el conjunto de elementos físicos, químicos, biológicos y socioculturales, que constituyen el entorno en el cual los pueblos y comunidades indígenas se desenvuelven y permiten el desarrollo de sus formas tradicionales de vida. Comprende el suelo, el agua, el aire, la flora, la fauna y en general todos aquellos recursos materiales necesarios para garantizar la vida y desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas” (Art. 3º núm. 5º de la LOPCI).

La mencionada definición se diferencia del concepto tradicional de territorio (también incluido en la legislación positiva en el Art. 3º num.4 de la LOPCI) en la medida en que el hábitat hace referencia a los elementos del entorno de las tierras indígenas, lo cual complementa la definición estricta de territorio incluyendo la dimensión del

¹⁷⁸ **Constitución de La República Bolivariana de Venezuela.** Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

contexto en el cual estos están inmersos. Así, para la legislación venezolana, tanto el reconocimiento de los territorios como del hábitat indígena deben garantizar las condiciones necesarias para la supervivencia y desarrollo de los pueblos. La introducción del concepto de hábitat por ahora es casi una curiosidad jurídica que hasta el momento no ha demostrado tener ningún efecto práctico en el sentido de extender la protección de las tierras indígenas al entorno de los polígonos reconocidos y demarcados.

Adicional a los derechos explícitamente reconocidos en el ordenamiento jurídico venezolano, tanto la CB como la legislación indigenista es explícita en incorporar como derechos de los pueblos y las comunidades indígenas todos aquellos reconocidos “en los tratados, pactos y convenios internacionales” para asegurar “su participación activa en la vida Nacional venezolana, la preservación de sus culturas, el ejercicio de la libre determinación de sus asuntos internos y las condiciones que los hacen posibles” (Art.1 de la LOPCI). Consecuentemente, y mediante un análisis estrictamente normativo (que no evalúa la capacidad institucional y el grado de implementación de las normas), es posible afirmar que en Venezuela existen los instrumentos jurídicos suficientes para implementar políticas públicas de reconocimiento territorial indígena regional que superan la escala del área estrictamente titulada como propiedad colectiva.

Los problemas actuales en Venezuela con relación a territorios indígenas son principalmente de naturaleza práctica. La legislación es suficientemente garantista para reconocer adecuadamente los derechos territoriales de pueblos y comunidades indígenas, pero no parece existir evidencia de su adecuada implementación.

Según la CB el Poder Ejecutivo debe demarcar la propiedad colectiva. La ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas definió el procedimiento general para la ejecución de demarcaciones según los criterios de la nueva Constitución, así como la conversión de títulos coloniales o individuales de miembros de comunidades indígenas que existían según el régimen ordinario de propiedad civil desde antes de 1999.

Con el mismo objetivo de implementar las normas constitucionales sobre reconocimiento territorial, en el año 2000 se creó, por Decreto 1.392, la Comisión Nacional de Demarcación de Hábitat y tierras indígenas, compuesta de forma mixta por funcionarios de diversos ministerios y por 8 representantes indígenas, con el objetivo de promover, asesorar y coordinar todo lo relativo al proceso nacional de demarcación. No obstante, los avances en demarcaciones de tierras son muy poco significativos.

A pesar de que la propia Constitución definió un plazo de 2 años, a partir de su entrada en vigencia, para la demarcación del hábitat indígena a que se refiere el artículo 119, la verdad es que hasta agosto de 2008 solamente 35 tierras indígenas fueron demarcadas según las nuevas reglas constitucionales. De esas tierras, ninguna está localizada en los Estados de la Amazonía venezolana¹⁷⁹.

Finalmente, otro hecho particular de las tierras indígenas en la Amazonía venezolana tiene que ver con el altísimo porcentaje de superposición de tierras indígenas con parques nacionales y monumentos naturales que llega a 33% de la

¹⁷⁹ Para ver las críticas al lento y complejo proceso de demarcación en tierras indígenas de Venezuela: <http://www.aporrea.org/ddhh/a69361.html>

totalidad de las tierras indígenas demandadas en la región de la Amazonía¹⁸⁰. Como veremos, no existen normas jurídicas que reglamenten el régimen aplicable a los territorios indígenas en esta situación dentro del ordenamiento jurídico interno.

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENAS EL DERECHO DE USO Y GOCE PLENO SOBRE LOS RECURSOS FORESTALES DE SUS TERRITORIOS?

Si. En principio la legislación indigenista venezolana es lo suficientemente garantista para proteger el uso y goce autónomo de los recursos forestales existentes en el hábitat y territorios indígenas. No obstante, existen importantes restricciones prácticas. Así, el aprovechamiento de recursos forestales con fines comerciales por parte de los propios pueblos y comunidades indígenas requiere autorizaciones especiales y aparentemente puede ser autorizado el aprovechamiento forestal por terceros en sus tierras, que como se verá, es una abierta contradicción de toda la normativa interna vigente en Venezuela sobre pueblos y territorios indígenas.

Como regla general sobre uso de recursos naturales renovables en tierras indígenas la ley señala que: “Los pueblos y comunidades indígenas tienen el **derecho a decidir y asumir de modo autónomo** el control de sus propias instituciones y formas de vida, **sus prácticas económicas**, su identidad, cultura, derecho, usos y costumbres, educación, salud, cosmovisión, protección de sus conocimientos tradicionales, **uso, protección y defensa de su hábitat y tierras y, en general, de la gestión cotidiana de su vida comunitaria dentro de sus tierras** para mantener y fortalecer su identidad cultural”. Y complementa indicando que: “**Los pueblos y comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la administración, conservación y utilización del ambiente y de los recursos naturales existentes en su hábitat y tierras.**” (el destacado es del autor) Art. 5º LOPCI.

Lo anterior quiere decir que los pueblos y comunidades indígenas pueden libremente disponer y decidir la vocación productiva de sus territorios y las prioridades de desarrollo que libremente consideren. Según la propia legislación venezolana, la libertad para elegir las formas de uso, goce, aprovechamiento y administración de las tierras indígenas, así como la de definición del modelo a partir del cual desarrollar sus propias prácticas económicas, no puede tener más limitaciones que las que establezca la CB y las leyes especiales.

Con relación a las restricciones constitucionales, estas se refieren únicamente a “la integridad territorial de la Nación y el cumplimiento de la función social de todo derecho propietario”. Por su parte, la LOPCI señala que los límites para la definición del modelo económico a ser desarrollado en los territorios indígenas será el “desarrollo local sustentable” (Art. 122), imponiendo a la propiedad indígena, además de la función social, la obligación de cumplir una función ambiental, lo cual implicaría el cumplimiento de las restricciones de uso ordinarias de toda propiedad, siempre y cuando, estas no sean contrarias a los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas.

En el hábitat y tierras indígenas donde se encuentren decretadas áreas bajo administración especial (ANPs o Zonas Especiales de Desarrollo Sustentable)¹⁸¹,

¹⁸⁰ Ver mapa de áreas protegidas y territorios indígenas en la cuenca amazónica. <http://www.raisg.socioambiental.org/>

¹⁸¹ LEY ORGANICA PARA LA ORDENACION DEL TERRITORIO. No 3.238 de 1983. De los Planes de

compatibles con la propiedad indígena, deben establecerse acuerdos y mecanismos de coordinación con las entidades estatales competentes, lo que condiciona el ejercicio de autonomía indígena sobre la disposición de sus recursos naturales.

Con relación a la ley de bosques y gestión forestal de 2008, llama la atención que esta ley no haya explícitamente prohibido el aprovechamiento forestal por terceros en tierras indígenas. Al contrario, en su artículo 67 hace referencia a la necesidad de consulta para otorgar permisos y concesiones para manejo de bosque nativo productor en tierras indígenas demarcadas, lo cual no condice ni con la Constitución venezolana, ni con la ley orgánica, ni con la propia ley de gestión forestal.

Es tal la incongruencia normativa y legislativa de este dispositivo que cuesta trabajo comprender su aplicabilidad.

De esa forma, el artículo 67 del Decreto ley sobre Bosques y gestión forestal (6.070 de 2008), señala que: “Las comunidades indígenas serán debidamente consultadas por el órgano competente, **en caso de permisos o concesiones para el manejo de bosque nativo productor solicitados por terceros, en sus tierras comunitarias de origen**, demarcadas como tales de acuerdo a la normativa que rige la materia.” (El destacado es del autor)

El artículo 67 es el único dispositivo de esa ley que hace referencia a bosques nativos en territorios de pueblos indígenas. Sin embargo, ni “**permisos**”, ni “**concesiones**” son actos administrativos susceptibles de ser expedidos sobre bosques nativos en propiedad privada, como de hecho son los territorios indígenas. En este caso, suponiendo que la mencionada ley sea aplicable, en aquello que no contradiga las normas constitucionales, a los territorios indígenas solamente podrían ser expedidas “autorizaciones” en los términos del artículo 63.2 de este decreto.

Por otro lado, el citado artículo 67 está haciendo referencia a un concepto de territorialidad indígena que no coincide con los demás dispositivos jurídicos del ordenamiento venezolano que se refiere a tierras indígenas y no a “tierras comunitarias de origen demarcadas”. No es posible asimilar dicho concepto al de tierras indígenas del que habla el artículo 119 de la CB, ya que en este último se hace referencia a los derechos originarios de los pueblos indígenas sobre su hábitat y territorios tradicionalmente utilizados, siendo la demarcación un acto explícitamente declaratorio y NO constitutivo del derecho territorial de los pueblos y comunidades indígenas.

Debido a que la Ley de Bosques y Gestión Forestal es especialmente reciente, será necesario esperar los pronunciamientos jurisprudenciales sobre su constitucionalidad, ya que la aparente posibilidad del Estado venezolano de otorgar “permisos” y concesiones a terceros de explorar los recursos forestales en tierras indígenas, desdice todos los dispositivos indigenistas actualmente vigentes en el país.

Adicionalmente, la LOPCI señala que la ley aplicable a los territorios y hábitat indígena es aquella que sea más favorable a la garantía y protección de los

Ordenación de las áreas bajo Régimen de Administración Especial. **Artículo 15.-** Constituyen áreas bajo régimen de administración especial, las áreas del territorio nacional que se encuentran sometidas a un régimen especial de manejo conforme a las leyes especiales las cuales, en particular, son las siguientes: 1) Parques Nacionales; 2) Zonas Protectoras; 3) Reservas Forestales; 4) Áreas Especiales de Seguridad y Defensa; 5) Reservas de Fauna Silvestre; 6) Refugios de Fauna Silvestre; 7) Santuarios de Fauna Silvestre; 8) Monumentos Naturales; 9) Zonas de Interés Turístico; 10) Áreas sometidas a un régimen de administración especial consagradas en los Tratados Internacionales.

derechos constitucionales a ellos reconocidos¹⁸². En este sentido, el derecho de autonomía de los pueblos indígenas para decidir libremente el desarrollo de sus prácticas económicas, el uso y goce de sus recursos naturales, reconocido en la CB y en los artículos 3.14, 5 y 122 de la LOPCI, es suficiente para garantizar la posibilidad de los pueblos indígenas de desarrollar proyectos de conservación y recuperación de recursos forestales en sus territorios, incluso en los casos de superposición de estos con unidades de conservación u otro tipo de afectación, sea esta de tipo económica o militar.

En lo que se refiere a las áreas sobrepuestas de ANPs y tierras indígenas, la legislación específica no hace referencia a la compatibilidad de dicha superposición, de hecho, es una legislación anterior a la CB que desconoce totalmente las implicaciones del reconocimiento de derechos originarios a los pueblos indígenas sobre sus tierras. Por lo tanto cualquier interpretación o reglamentación actual tendrá que armonizar los objetivos de conservación de las ANPs con la naturaleza jurídica de los territorios indígenas, aun sin estar demarcados y titulados.

Es importante anotar que dichas áreas, son consideradas como bosques nativos de protección (Art. 25 Ley de Bosques y Gestión Forestal), de los cuales están excluidas las actividades de explotación minera, petrolera e hidroeléctrica¹⁸³. Todas estas actividades de explotación de recursos naturales refuerzan la condición de conservación de los mismos, que a su vez tendrán que compatibilizarse con los modelos de desarrollo sustentable definidos por los pueblos indígenas. De igual forma, tanto pueblos como comunidades que se encuentren en estas situaciones, deberán considerar en sus planes de desarrollo las características ambientales compatibles con las ANPs. Es tan clara la corresponsabilidad del Estado y de los Pueblos Indígenas con relación al cuidado y conservación de las ANPs que la propia LOPCI indica que la institución indigenista venezolana debe fomentar el ejercicio de la corresponsabilidad de Estado y Pueblos Indígenas sobre áreas traslapadas, indicando la necesidad de establecer regímenes de coadministración.¹⁸⁴

¹⁸²LOPCI. **Artículo 2.** Lo relacionado con los pueblos y comunidades indígenas se rige por lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en los tratados, pactos y convenciones internacionales válidamente suscritos y ratificados por la República, así como por lo establecido en la presente Ley, cuya aplicación no limitará otros derechos garantizados a estos pueblos y comunidades, en normas diferentes a éstas. **Serán de aplicación preferente aquellas normas que sean más favorables a los pueblos y comunidades indígenas.**(el destacado es del autor)

¹⁸³ **Artículo 12º; Parágrafo Único** Dentro de los **Parques Nacionales** está prohibida la caza, la matanza o captura de especímenes de la fauna y la destrucción o recolección de ejemplares de la flora, excepto cuando tales actividades se realicen por las autoridades del parque o por orden o bajo la vigilancia de las mismas, o para investigaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Agricultura y Cría.

Artículo 12. Son usos prohibidos dentro de los parques nacionales: **2. La minería y la explotación de hidrocarburos.**

Artículo 16. Son usos prohibidos o incompatibles con los **monumentos naturales:** **1.** Los cultivos agrícolas en general, la cría comercial o de subsistencia de animales domésticos, la agroforestería o actividades agro-silvo-pastoriles y la acuicultura comercial. **2. La minería o explotación de hidrocarburos.** (el destacado es del autor)

¹⁸⁴ *De las Competencias del Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI)*

Artículo 146. Son competencias del Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI): (...) 9. Fomentar el ejercicio de la corresponsabilidad entre el Estado y los pueblos y comunidades indígenas en los ámbitos que concierne a la conservación y manejo del ambiente y los recursos naturales, parques nacionales y áreas protegidas, así como el desarrollo sustentable en el hábitat y tierras indígenas previsto en la presente Ley y demás leyes.

Finalmente, las llamadas áreas bajo administración especial no afectan los territorios indígenas de la región Amazónica ya que en los Estados pertenecientes a dicha región no ha sido creada ninguna Zona Especial de Desarrollo Sustentable (ZEDS)¹⁸⁵. De cualquier forma, son estas áreas las que tendrían que adaptarse a los proyectos y modelos de desarrollo autónomo definido por los pueblos indígenas, como lo indica la legislación vigente. Así el Artículo 124 de la LOPCI señala que: “Los planes de desarrollo económico de carácter nacional, estatal o municipal, que afecten de cualquier forma el hábitat y tierras de los pueblos o comunidades indígenas, deben ser elaborados y desarrollados con la participación directa y efectiva de los pueblos y comunidades indígenas y sus organizaciones.”

¿TIENEN LOS PUEBLOS INDÍGENA CAPACIDAD JURÍDICA PLENA PARA REALIZAR AUTÓNOMAMENTE NEGOCIOS JURÍDICOS?

Si. La CB y la ley reconocen clara y plenamente la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas como colectivos de derechos y obligaciones que son debidamente representados por sus **autoridades legítimas** (art. 260 CB).

El artículo 7º de la LOOPCI reconoce la personalidad jurídica de los “pueblos y comunidades indígenas a los fines del ejercicio de los derechos colectivos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República y demás leyes.”

La misma LOPCI define los pueblos indígenas como: “grupos humanos descendientes de los pueblos originarios que habitan en el espacio geográfico que corresponde al territorio nacional, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, que se reconocen a Si mismos como tales, por tener uno o algunos de los siguientes elementos: identidades étnicas, tierras, instituciones sociales, económicas, políticas, culturales y, sistemas de justicia propios, que los distinguen de otros sectores de la sociedad nacional y que están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras.” Y a las comunidades indígenas como: “grupos humanos formados por familias indígenas asociadas entre Si, pertenecientes a uno o más pueblos indígenas, que están ubicadas en un determinado espacio geográfico y organizados según las pautas culturales propias de cada pueblo, con o sin modificaciones provenientes de otras culturas” siendo tanto unas como otras reconocidas como sujetos colectivos de derechos.

Toda la legislación indigenista venezolana hace referencia, indistintamente, a pueblos y comunidades indígenas, asimilándolas como colectivos diferentes de los cuales se predicen los mismos derechos. Por ejemplo, la ley define la propiedad colectiva como “el **derecho de cada pueblo y comunidad** de usar, gozar, disfrutar y administrar un bien material o inmaterial, **cuya titularidad pertenece de forma absoluta e indivisible a todos y cada uno de sus miembros**, a los fines de preservar y desarrollar la integridad física y cultural de las presentes y futuras generaciones” Art. 3º num.12 de la LOPCI (el destacado es del autor).

La identificación del representante legal, judicial y extrajudicialmente, de los pueblos y comunidades indígenas depende del ordenamiento y organización interna de cada uno de ellos según sus usos y costumbres, sin más limitaciones que las establecidas en la CB y en la LOPCI. Sin embargo la ley define explícitamente el concepto de

¹⁸⁵ Para más información sobre este tema: <http://www.zedes.gob.ve/fonzedes/fonzedes.htm>

Autoridades Legítimas como “las personas o instancias colectivas que uno o varios pueblos o comunidades indígenas designen o establezcan de acuerdo con su organización social y política, y para las funciones que dichos pueblos o comunidades definan de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.”

Los mencionados reconocimientos jurídicos no hacen depender la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas de ningún tipo de acto administrativo posterior como inscripción de estatutos y otros. En efecto, la legislación venezolana se destaca en el conjunto de las legislaciones regionales por ser especialmente clara y explícita con relación al reconocimiento y ejercicio de la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas, lo que facilita la realización de negocios jurídicos de forma independiente y autónoma por parte de estos. Así, la propia ley orgánica estimula la constitución de empresas y el desarrollo de actividades económicas en cabeza de pueblos y comunidades a las que se les reconoce plena capacidad patrimonial.

Sin embargo, el problema en Venezuela no es jurídico sino institucional para la implementación de los derechos reconocidos en las leyes. Muchos especialistas en este país reclaman la necesidad de mudar las prácticas administrativas y de actualizar los funcionarios públicos en el nuevo marco constitucional y legal del país. “No hay claridad respecto a los mecanismos administrativos por los que este reconocimiento (personalidad jurídica) se puede hacer operativo en el entorno jurídico nacional, al menos para el caso de las comunidades. No existe, por ejemplo, un libro de comunidades indígenas en los Registros Públicos. Y esto suele ser importante frente a la burocracia a la que cuesta convencer, en los casos concretos, de que el reconocimiento constitucional y legal es suficiente.”¹⁸⁶

A pesar de que la estructura jurídica de la legislación indigenista en Venezuela es altamente completa y coherente con los más recientes instrumentos internacionales de derechos indígenas, su grado de implementación, y el real desarrollo de la infraestructura burocrática y administrativa para viabilizar su aplicación son elementos que deben considerarse en un análisis más integral que el estrictamente jurídico en este país.

¿PUEDE EL ESTADO DISPONER UNILATERALMENTE DE RN EN LAS TIS SIN OBTENER NECESARIAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS PIS AFECTADOS?

Formalmente No. De hecho, es en la legislación venezolana donde el derecho de consulta¹⁸⁷ es más explícito y desarrollado en términos de la naturaleza vinculante de la negativa indígena para el Estado intervenir en los recursos naturales de su propiedad.

¹⁸⁶ CHIRIF, Alberto y GARCIA, Pedro. “Marcando Territorio. Progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía”. Editorial IWGIA. Copenhague, 2007. Pág. 128.

¹⁸⁷ “Toda actividad susceptible de afectar directa o indirectamente a los pueblos y comunidades indígenas, deberá ser consultada con los pueblos y comunidades indígenas involucrados. La consulta será de buena fe, tomando en cuenta los idiomas y la espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y los sistemas de comunicación e información de los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas involucrados, conforme al procedimiento establecido en esta Ley. Toda actividad de aprovechamiento de recursos naturales y cualquier tipo de proyectos de desarrollo a ejecutarse en hábitat y tierras indígenas, estará sujeta al procedimiento de información y consulta previa, conforme a la presente Ley.” (El destacado es del autor). LOPCI

El artículo 17 de la LOPCI señala que: "**Queda prohibida la ejecución de cualquier tipo de proyecto en el hábitat y tierras indígenas** por persona natural o jurídica de carácter público o privado **que no hayan sido previamente aprobados por los pueblos o comunidades indígenas involucrados.**" (El destacado es del autor)

Sin embargo, vale la pena anotar que la legislación venezolana insiste en la necesidad de llegar a un acuerdo (de naturaleza contractual) en el proceso de consulta a los pueblos indígenas antes de dar lugar a la prohibición a la que se refiere el artículo 17 de la LOPCI. De esa manera, la ley ordena que como producto de los procesos de consulta se establezcan acuerdos de mutuo acuerdo entre los pueblos indígenas y los proponentes de las actividades susceptibles de afectarlos directa o indirectamente. También dispone que en caso de incumplimiento, los pueblos y las comunidades indígenas puedan ejercer las acciones legales a que haya lugar ante los tribunales competentes.

Lo anterior aplica en el caso de la existencia de un acuerdo, pero si en principio los pueblos y comunidades indígenas expresan su oposición al proyecto referido, la ley ordena que los proponentes presenten alternativas y que se continúe el proceso hasta "lograr acuerdos justos que satisfagan a las partes". Sólo en última instancia y sin precisar bajo qué condiciones, los pueblos pueden mantener su oposición y conseguir la prohibición de intervención sobre sus territorios y recursos.¹⁸⁸

A pesar de las consagraciones normativas, por las experiencias que se conocen, parece que este derecho no es aplicado y respetado por las instituciones públicas en el sentido que la ley lo manifiesta. Sin embargo, tanto interna como internacionalmente, los pueblos y comunidades indígenas de Venezuela tienen los instrumentos jurídicos para hacer valer sus derechos plenos sobre el uso y goce de sus territorios y entorno (llamado de hábitat).

¿SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL, PODRÍAN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA AMAZONÍA VENEZOLANA NEGOCIAR DIRECTAMENTE CRÉDITOS DE CARBONO DERIVADOS DE PROYECTOS DE REDD REALIZADOS EN SUS TERRITORIOS?

No. Sí los mecanismos de REDD son introducidos en la legislación internacional como parte de los mecanismos de compensación para facilitar a los países con metas obligatorias a cumplir sus obligaciones, y Venezuela mantiene su posición de NO aplicar mecanismos de compensación en su territorio, no será posible el desarrollo de proyectos de REDD en todo el territorio venezolano.

Venezuela ha ratificado todos los instrumentos internacionales relativos al cambio climático. A pesar de haber ratificado el Protocolo de Kyoto en todas sus partes¹⁸⁹, Venezuela viene manifestando internacionalmente que no aplicará Mecanismos de Desarrollo Limpio en su territorio, porque se considera políticamente contraria a las medidas de compensación que eviten que los países comprometidos con metas obligatorias de disminución de emisiones puedan dejar de cumplir sus compromisos.

¹⁸⁸ Capítulo II: De LA CONSULTA PREVIA E INFORMADA en la LOPCI.

¹⁸⁹ Ley que ratifica el Protocolo de Kyoto. "**ARTÍCULO ÚNICO.** Se aprueba en todas sus partes y para que surta efectos internacionales en cuanto a la República Bolivariana de Venezuela se refiera, el "Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático", adoptado en la ciudad de Kyoto-Japón, el 11 de diciembre de 1997."

Así, el Estado venezolano declaró que: ““La República Bolivariana de Venezuela apoya el Protocolo de Kyoto, con la discrepancia de no implementar los mecanismos de desarrollo limpio en su territorio nacional, debido al incentivo económico que favorece la crisis ambiental y el modelo capitalista, sin disminuir significativamente el volumen real de las emisiones de gases de efecto invernadero.”¹⁹⁰

Considerando que los mecanismos de REDD pueden ser introducidos en la legislación internacional como parte de los mecanismos de compensación que van ayudar a los países del anexo I a cumplir sus metas obligatorias de reducción de GEI, y que la posición de Venezuela se mantenga en el sentido mencionado, es posible que la legislación nacional impida la realización de proyectos de REDD en territorios indígenas.

Es importante dejar claro que, si eventualmente, el Estado venezolano aprueba la implementación de mecanismos de REDD en su territorio, los pueblos indígenas tienen plena capacidad jurídica y control efectivo sobre los recursos forestales de sus territorios para ser los directos ejecutores y beneficiarios de ese tipo de proyectos.

De cualquier forma, serán la manera en que los mecanismos de REDD sean definidos en la legislación internacional, y la posición del Estado de Venezuela al respecto de su incorporación en la legislación nacional, los que en concreto viabilicen o no la implementación de mecanismos de REDD en la República Bolivariana de Venezuela.

¹⁹⁰ Cambio Climático. Posición de la República Bolivariana de Venezuela ante la 15ta Reunión de la CDS

V. Conclusiones Generales.

¿Pueden los pueblos indígenas de la cuenca Amazónica ser los directos beneficiarios de eventuales proyectos de REDD en sus territorios?

Si, en la gran mayoría de los países de la cuenca los pueblos indígenas tienen reconocidos y protegidos sus derechos territoriales, de acceso y control a los recursos naturales existentes en sus tierras y de autodeterminación que permiten garantizar la ejecución y directo beneficio de eventuales proyectos de REDD. Las actividades incorporadas en la propuesta de los mecanismos de mitigación REDD que implican la deforestación evitada, la recuperación de áreas forestales degradadas y la valorización de áreas altamente conservadas en tierras indígenas, pueden constituir un importante estímulo positivo que asegure las presiones existentes para cambiar el uso del suelo forestal en toda la región.

Es claro que los pueblos indígenas, como legítimos propietarios de sus tierras y recursos forestales son los sujetos de derecho con capacidad jurídica plena para ejercer las actividades generadoras de reducción de GEI y los propietarios de los eventuales créditos de carbono derivados de estas. Sin embargo, la total ausencia de legislación doméstica sobre la naturaleza, generación y comercialización de créditos de carbono en la región deja un margen de incertidumbre jurídica para este tipo de proyectos que debe y puede ser rápidamente superada, con el objetivo de garantizar la coherencia entre la amplia gama de derechos actualmente reconocidos a los pueblos indígenas y las políticas de conservación y recuperación del bosque nativo de la región Amazónica en el marco de la lucha contra el cambio climático del planeta.

De la forma en que se evidenció durante el estudio comparado, la gran mayoría de los países amazónicos analizados, exceptuando Perú, cuentan actualmente con normas nacionales, regionales e internacionales que constituyen un adecuado marco jurídico para que proyectos de REDD puedan beneficiar directamente a los pueblos indígenas que habitan la región y tienen el control y la capacidad jurídica suficientes para disponer de los recursos forestales existentes en sus territorios.

Una de las deficiencias jurídicas identificadas en el estudio para la totalidad de la región es la falta de armonización interna entre la legislación indígenista constitucional, las normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas ratificadas e incorporadas en el ordenamiento jurídico interno de cada país, y las reglas nacionales existentes respecto a explotación forestal, restricciones ambientales para aprovechamiento de recursos naturales renovables y áreas naturales protegidas entre otras de igual naturaleza. Dicha coherencia normativa será fundamental para discutir la reglamentación de la aplicación de mecanismos de REDD con pueblos indígenas en la escala nacional.

Pasando a los casos específicos, en países como **Ecuador** y **Bolivia** el hecho de haber aprobado recientemente nuevas Cartas Constitucionales representa una verdadera oportunidad para codificar coherentemente la legislación indigenista, ambiental, forestal y climática, que haya de venir en el régimen pos-Kyoto para la implementación de mecanismos de REDD. En todo este proceso la participación directa de los pueblos indígenas es fundamental, más aun en casos como el boliviano donde la propia organización indígena nacional, articulada con las organizaciones regionales y con el propio gobierno nacional, viene ejecutando el primer proyecto piloto de REDD indígena en el mundo, del cual, sin lugar a dudas, pueden surgir los más valiosos insumos para orientar la regulación nacional sobre la materia tanto en Bolivia como en otros países de la región con condiciones similares.

En países como **Perú** la situación es un poco más compleja. Por un lado, existe tal incongruencia entre las normas internacionales referentes a derechos indígenas con la legislación doméstica, que en esta segunda ni siquiera se reconoce el derecho de propiedad de los pueblos sobre los recursos forestales de sus tierras, así como tampoco ofrece ningún tipo de garantía a la permanencia de la titularidad de la propiedad colectiva en cabeza de los pueblos indígenas. De hecho, las políticas oficiales del Estado peruano actualmente estimulan la enajenación de territorios indígenas y la desaparición de la propiedad comunal. Por otro lado, existe un gran acumulo de legislación coexistente y contradictoria, que realmente dificulta identificar las reglas jurídicas aplicables para cada situación de pose y propiedad sobrepuestas en territorios indígenas. Perú es el país de la región con la legislación que menos protección y garantías ofrece al ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (exceptuando las Guyanas y Surinam).

No es por acaso que los más violentos acontecimientos de resistencia indígena vienen ocurriendo en este país durante el último año. Sólo en junio de 2009 ocurrió la masacre de Bagua en la cual, sin la existencia de cifras oficiales confiables, se afirma que murieron más de 30 personas entre indígenas y policías en enfrentamientos que intentaban disolver el levantamiento del movimiento indígena amazónico, que venía agudizándose desde agosto de 2008. El movimiento indígena de la amazonía peruana reivindica el respeto de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y la DNUDPI, aprobados, incorporados y actualmente vigentes en Perú, sin que esto represente ninguna garantía de nada. Adicionalmente, el movimiento indígena viene manifestándose en abierta oposición contra el proyecto económico extractivista que el gobierno central quiere imponer a la región de la amazonía peruana, en el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norte América.

En países como **Colombia** y **Brasil** aparentemente los derechos de los pueblos indígenas de la amazonía están más consolidados. El control y acceso a los recursos forestales de sus territorios es jurídicamente menos discutido que en los demás países analizados. Sin embargo, tanto en uno como en otro, hace falta claridad sobre las reglas referentes a la aplicación de restricciones ambientales sobre los derechos de uso y goce de los pueblos indígenas, tanto con relación a las áreas traslapadas con unidades de conservación (que van desde reservas forestales hasta parques naturales), como con relación al tipo y la cantidad de áreas intangibles para la conservación que deben respetar los pueblos indígenas en su calidad de propietarios colectivos y al mismo tiempo poder ejercer sus derechos de libre determinación, uso y goce tradicional de sus territorios y recursos.

En **Venezuela** el problema evidentemente no es jurídico sino de una naturaleza administrativa y claramente política o ideológica. Por un lado, el serio problema de

baja implementación de la legislación indigenista deja muchas dudas de hasta que punto la consagración jurídica de los derechos tiene realmente la capacidad de protección y garantía de los mismos, ya que de hecho los derechos formalmente reconocidos en Venezuela a los pueblos indígenas coinciden con los más altos parámetros internacionales sobre la materia. Sin embargo, en la actualidad un altísimo porcentaje de pueblos indígenas de la amazonía venezolana tiene sus tierras ancestrales traslapadas con Parques Naturales y Monumentos Naturales, los cuales son tipo de ANPs de uso restrictivo, sin que hasta el momento se hayan hecho demarcaciones y titulaciones oficiales significativas de propiedad colectiva en la región o se establezca en régimen jurídico de compatibilidad entre la afectación ambiental y la propiedad indígena. Por otro lado, el actual gobierno venezolano viene manifestado públicamente su desacuerdo con la aplicación de mecanismos de compensación de emisiones de GEIs que eviten el cumplimiento absoluto de las metas obligatorias por parte de los países del anexo I del PK, lo que, aparentemente inviabilizaría la implementación de mecanismos de REDD en el territorio venezolano. Dicho obstáculo político, solamente será superado una vez se apruebe el nuevo estatuto pos-Kyoto, se definan las reglas para la implementación de los mecanismos REDD, y el gobierno venezolano se posicione al respecto. Esperamos que de esta vez, considerando la opinión de los pueblos indígenas en el debate nacional sobre el tema, antes de se posicionar internacionalmente de forma definitiva.

En la mayoría de los Estados se dispone de normas que reconocen y protegen los derechos territoriales de los pueblos indígenas, sin embargo estas leyes aun precisan ser articuladas, compatibilizadas e implementadas de manera coherente con la normatividad existente sobre explotación maderera, minería, construcción de carreteras, actividades de conservación, represas, agricultura comercial y colonización entre otras, que regulan actividades que comprobadamente generan y estimulan deforestación en la región, y que muchas veces ignoran la vigencia e implicaciones de las leyes indigenistas .

Es necesario reconocer en este punto que en muchos países, las leyes nacionales y la práctica administrativa son inconsecuentes con las obligaciones adquiridas internacionalmente, como lo ejemplifica el caso peruano. Por esta razón no se puede ser ingenuo al punto de afirmar que el hecho de asumir compromisos internacionales garantiza la eficacia de los derechos. Sin embargo tampoco se puede desconocer que su existencia representa un importante marco y contexto para el debate político interno que cada país tendrá que dar en la definición y distribución de costos y beneficios derivados de la implementación de mecanismos de REDD. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los pueblos indígenas son un marco jurídico importante pero no suficiente para garantizar la coherencia entre la implementación de mecanismos de REDD y los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

En conclusión, los países de la cuenca Amazónica comparten un cuerpo jurídico y un conjunto de instituciones regionales que reconocen y protegen los derechos originarios de los pueblos indígenas a administrar, distribuir y controlar efectivamente sus territorios y recursos naturales según sus usos y costumbres en el marco de las obligaciones ambientales que toda propiedad debe observar. Lo anterior puede representar una oportunidad, que bien aprovechada debería traducirse en legislaciones domesticas debidamente armonizadas con los derechos indígenas existentes y materializarse en beneficios directos para los pueblos amazónicos, los cuales hoy experimentan una gran presión sobre sus tierras por parte de actividades extractivas, y grandes obras de infraestructura que cuentan con

la institucionalidad legal y el apoyo político suficiente para aumentar significativamente la deforestación en la región.

Muchos han sido los riesgos denunciados internacionalmente con relación a la valorización de las florestas como sumideros de carbono, en detrimento de las poblaciones (indígenas o no) que actualmente dependen de los bosques y que, directa e indirectamente, los han conservado hasta el momento. Dicho riesgo de expropiación territorial es improcedente en la región de la cuenca Amazónica en lo referente a los pueblos indígenas, ya que la estructura, consolidación, garantía y protección jurídica existente en la gran mayoría de los países, dificulta altamente llegar a ese tipo de situaciones, así como negar la titularidad de los beneficios derivados de la conservación del bosque en cabeza de sus legítimos propietarios, los pueblos indígenas.

A continuación presentamos un cuadro comparativo que expone una síntesis de las conclusiones extraídas del análisis legislativo realizado para cada país.

CUADRO SÍNTESIS COMPARATIVO. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y MECANISMOS DE REDD EN LA CUENCA AMAZÓNICA.

Preguntas	Bolivia	Brasil	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
¿Tienen los pueblos indígenas (PIs) la garantía sobre la pose de los territorios tradicionalmente por ellos ocupados?	Si. En Bolivia los PIs tienen derecho a la propiedad colectiva, indivisible, inalienable, imprescriptible, inembargable e irreversible de sus territorios. Derecho de rango constitucional y garantizado en las normas internacionales que conforman el Bloque de Constitucionalidad de este país.	Si. La CF reconoce derechos originarios de los PIs sobre sus territorios. La nuda propiedad de las TIs es de la Unión pero los PIs tienen los derechos imprescriptibles de pose permanente y usufructo exclusivo de las riquezas del suelo, los ríos y de los lagos existentes en sus tierras, excluyendo el subsuelo y los aprovechamientos hidroeléctricos. Por disposición constitucional las TIs son inalienables y los derechos sobre ellas son imprescriptibles e inembargables	Si. Los PIs de Colombia tienen derecho a la propiedad colectiva inalienable, inembargable e imprescriptible de sus territorios. Derecho de rango Constitucional reforzado por el C 169 de la OIT que explícitamente hace parte del bloque de constitucionalidad de este país.	Si. Ecuador reconoce el derecho de propiedad sobre tierras comunitarias, de carácter indivisible, imprescriptible e inalienable. Garantía Constitucional e incorporación explícita del C 169 de la OIT y de la DNUDPI en el Bloque de Constitucionalidad del Ecuador.	No. Debido a que el derecho de propiedad reconocido a las comunidades nativas puede ser enajenado y es susceptible de embargo. La única condición diferenciada de la propiedad indígena es que está es imprescriptible . En los casos de territorios indígenas con "aptitud forestal" , el Estado NO traslada la propiedad y se limita a reconocer un derecho de uso mediante concesión a los PIs.	Si. El Estado venezolano reconoce a los PIs el derecho de propiedad colectiva inalienable, imprescriptible, inembargable e intransferible sobre sus territorios. Derecho de rango constitucional y de legislación orgánica.
¿Tienen los PIs el derecho de uso y goce pleno sobre los recursos forestales de sus territorios?	Si. Los PIs tienen derecho de propiedad sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, con las limitaciones de la legislación ambiental que les caben. Actualmente no es posible otorgar nuevas concesiones forestales a terceros sobre TIs.	Si. Los PIs tienen el derecho de usufructo exclusivo sobre los recursos naturales existentes en sus territorios. No es posible otorgar concesiones forestales sobre TIs por explícita excepción legal.	Si. Los derechos de uso y goce de recursos naturales de los PIs están limitados por las obligaciones ambientales que le corresponde cumplir a la propiedad indígena.	Si. Los PIs tienen derecho de usufructo exclusivo de los RN en sus territorios, limitado únicamente por las obligaciones ambientales que le caben a todo tipo de propiedad en Ecuador.	No. El Estado no reconoce la propiedad de los PIs sobre los recursos forestales existentes en sus territorios. Perú únicamente reconoce concesiones de uso a favor de los PIs sobre los territorios con "aptitud forestal" condicionada a usos de exclusiva sobrevivencia.	Si. Los PIs tienen derechos exclusivos sobre los recursos naturales de sus territorios. Sin embargo, no es clara la excepción de prohibir permisos y concesiones forestales a terceros sobre TIs que no están traslapadas con ANPs.

REDD en Territorios Indígenas de la Cuenca Amazónica
Septiembre de 2009

Preguntas	Bolivia	Brasil	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
<p>¿Pueden los Pls disponer de los recursos forestales de sus territorios cuando estos están traslapados con ANPs?</p>	<p>Si. Para estos casos, la propia Constitución prevé la gestión compartida entre las autoridades ambientales y los Pls. De cualquier forma el aprovechamiento de recursos naturales está restringido a su compatibilidad con los objetivos de conservación de la ANP de la que se trate.</p>	<p>Si. La ley y el Tribunal Constitucional reconocen la existencia de “dupla afectación” de territorios que son TIs y UCs al mismo tiempo. Sin embargo, no existe reglamentación nacional específica sobre armonización de derechos indígenas y objetivos de conservación. El derecho de los Pls de usufructo exclusivo de los RN de sus tierras es de rango constitucional.</p>	<p>Si. A pesar de que hasta el momento no existe legislación sobre administración conjunta para áreas traslapadas. Dependiendo del tipo de ANP el traslape puede generar fuertes restricciones al derecho de uso y goce de RN de los Pls. En las áreas traslapadas con PNN no es posible la explotación de los recursos del subsuelo, lo que ofrece una mayor garantía a la permanencia de la cobertura forestal de estos territorios.</p>	<p>Si. Sin embargo, no existe legislación que reglamente las implicaciones de las áreas traslapadas. La nueva Constitución incorpora la jurisprudencia internacional que señala que es imposible imponer intereses nacionales de conservación al derecho de autodeterminación de los Pls</p>	<p>No. Existe legislación vigente que señala la imposibilidad de reconocer la propiedad indígena en unidades de conservación. Sin embargo, y a diferencia de los demás países de la región, aparentemente se trata de afectaciones jurídicas excluyentes en la legislación peruana.</p>	<p>Si. Es una situación jurídica muy común en las TIs de la amazonía venezolana que aun no fue reglamentada de forma consecuente con la CB de 1999 y la LOPCI. Es importante verificar el régimen aplicable una vez demarcadas las TIs de la región Amazónica donde el porcentaje de traslapes es muy alto</p>
<p>¿Tienen los Pls capacidad jurídica plena para realizar autónomamente negocios jurídicos?</p>	<p>Si. “Los pueblos indígenas originarios y las comunidades campesinas” tienen reconocida capacidad jurídica plena.</p>	<p>Si. La CF de 1988 reconoce “los indios, sus comunidades y organizaciones” como sujetos de derechos. La interpretación preponderante y la práctica jurídica en el país reconoce que los Pls, representados por sus Comunas y organizaciones, tienen capacidad jurídica plena.</p>	<p>Si. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas representadas por sus autoridades tradicionales, individualmente e incorporadas por los Cabildos Indígenas o organizadas en AATIs con capacidad jurídica plena.</p>	<p>Si. La Constitución de 2008 reconoce a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos de derechos colectivos con plena capacidad jurídica y autonomía patrimonial.</p>	<p>Si. La Constitución y la legislación reconocen personería jurídica plena a las comunidades nativas y campesinas, identificadas con los pueblos indígenas de la selva y la sierra respectivamente.</p>	<p>Si. El Estado venezolano reconoce personería jurídica a los pueblos y comunidades indígenas con capacidad jurídica plena y autonomía patrimonial.</p>

Preguntas	Bolivia	Brasil	Colombia	Ecuador	Perú	Venezuela
<p>¿Puede el Estado disponer unilateralmente de RN en las TIs sin obtener necesariamente el consentimiento de los PIs afectados?</p>	<p>Formalmente No. Sin embargo, son fuertes y continuas las reivindicaciones de las organizaciones indígenas por la adecuada aplicación del derecho de consulta y consentimiento libre, previo e informado para exploración de RN en TIs. El mencionado derecho está reconocido en la NCPE y en la ley pero aun poco implementado en el país.</p>	<p>Si. A pesar de que Brasil ratificó el Convenio 169 y aprobó la DNUDPI, no existe desarrollo legislativo o reglamentario sobre el derecho de consulta y consentimiento y hasta el momento no hay evidencias de su aplicación en el país.</p>	<p>Si. Exceptuando casos que comprometen la sobrevivencia física y cultural del pueblo indígena, el entendimiento de la jurisprudencia constitucional es que la decisión de explorar RN en TIs es del Estado, el cual no puede desconocer el contenido de la consulta pero tampoco está obligado a cumplirla.</p>	<p>Si. La reciente legislación es contradictoria y ambigua sobre el alcance del derecho de consulta y consentimiento de los PIs. Mientras la CPE señala que la consulta a los PIs debe orientarse por los parámetros de la legislación internacional al respecto la nueva ley de explotación minera niega el poder vinculante del derecho de consulta.</p>	<p>Si. A pesar de varias tentativas de reglamentación del derecho de consulta en este país aun no existe ley reglamentaria y su implantación es muy polémica. La inaplicación del derecho de consulta es fuente principal de los actuales levantamientos indígenas en la amazonía peruana.</p>	<p>Formalmente No. Según la LOPI, después de agotar varios procedimientos orientados a alcanzar acuerdos de naturaleza contractual entre los PIs y el Estado, los PIs pueden negar su consentimiento con valor vinculante. La ley garantiza que el incumplimiento de lo pactado pueda ser demandado mediante acción de amparo. Aun no se tiene noticia de la aplicación de estas disposiciones en Venezuela.</p>
<p>¿Podrían los PIs de la Amazonía ejecutar proyectos de REDD en sus territorios y beneficiarse directamente de los créditos de ellos derivados?</p>	<p>Si. En Bolivia los PIs tienen los derechos exclusivos para el aprovechamiento de los recursos forestales en sus territorios, además de personería jurídica plena y autonomía para realizar los actos jurídicos que consideren necesarios para la ejecución de sus planes de desarrollo. El país ratificó e incorporó la legislación internacional sobre cambio climático pero aun no existe legislación infralegal que define la naturaleza jurídica de la emisión y comercialización de créditos de carbono. A pesar de esto</p>	<p>Si. Los PIs tienen el derecho de usufructo exclusivo de los RN existentes en sus territorios, incluidos los bosques nativos en ellos presentes. La legislación nacional no impide que los PIs realicen directamente negocios jurídicos con relación a la conservación y recuperación de los recursos forestales en sus territorios. Sin embargo, en el país aun no existe legislación específica sobre la generación y comercialización de créditos de carbono.</p>	<p>Si. Los PIs tienen reconocidos y garantizados todos los derechos de propiedad, administración y control de los recursos forestales existentes en sus territorios. El Estado reconoce personería jurídica, capacidad plena y autonomía patrimonial a los pueblos indígenas en sus diversas representaciones. La principal ambigüedad sobre el ejercicio de estos derechos está relacionada con el régimen jurídico aplicable al manejo de recursos</p>	<p>Si. Sin embargo, será necesario esperar el desarrollo del artículo 74 de la nueva Constitución Política de Ecuador que señala que los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación y que el Estado regulará su producción, uso y aprovechamiento. Aun no existe ley en ese sentido y por ahora se reconocen plenamente los derechos de los PIs sobre los recursos forestales existentes en sus territorios. Adicionalmente se reconoce personería a los</p>	<p>No. Los PIs no tienen el derecho de propiedad, ni de disposición plena sobre los recursos forestales de sus territorios. Las disposiciones legales en Perú limitan los derechos indígenas al uso doméstico de los recursos forestales bajo la figura de concesiones de uso. A pesar de que las mencionadas disposiciones son contrarias a todos los compromisos internacionales sobre derechos indígenas incorporados por Perú, su vigencia actual impediría que los PIs fuesen beneficiarios de actividades que</p>	<p>No. A pesar del reconocimiento jurídico de los derechos territoriales indígenas su implementación ha sido escasa existiendo en la actualidad muy pocos territorios demarcados y titulados. Por otro lado, el actual gobierno se ha manifestado políticamente contrario a la aplicación en Venezuela de mecanismos orientados a evitar que los países del Anexo I cumplan con la totalidad de las metas obligatorias de reducción de GEIs impuestas por los acuerdos internacionales. En ese orden de ideas, la implementación</p>

REDD en Territorios Indígenas de la Cuenca Amazónica
Septiembre de 2009

	<p>en Bolivia actualmente se ejecuta el primer proyecto piloto sobre REDD en TIs de la amazonía coordinado por la organización indígena nacional CIDOB.</p>		<p>forestales de áreas traslapadas con ANPs y a pesar de que el país ratificó e incorporó las normas internacionales sobre cambio climático aun no desarrollo legislación reglamentaria sobre la generación y comercialización de créditos de carbono.</p>	<p>Pls y capacidad jurídica plena.</p>	<p>envuelvan control y manejo de recursos forestales en sus territorios.</p>	<p>de mecanismos de REDD en este país va a depender de la definición de su naturaleza jurídica en la COP 15 y de la consecuente continuidad o cambio de posición política de Venezuela al respecto de la generación y comercialización de créditos de carbono.</p>
--	---	--	--	--	--	--

Anexos.

Cuadros de legislación e información pertinente para el estudio sobre cada país.

ANEXO I. BOLIVIA

ANEXO II. BRASIL

ANEXO III. COLOMBIA

ANEXO IV. ECUADOR

ANEXO V. PERÚ

ANEXO VI. VENEZUELA