

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena**

¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?

**Free Prior and Informed Consent in the context of Extractive Projects in Indigenous Territory:**

General Rule And International Customary Law?

Cristóbal Carmona Caldera

# Sumário

<b>A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS</b> .....	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
<b>DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO</b> .....	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
<b>PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS</b> .....	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
<b>POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO</b> .....	84
Ricardo Lins Horta	
<b>A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS</b> .....	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
<b>SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO</b> .....	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
<b>LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES</b> .....	155
Giraldo Yanitza	
<b>IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT</b> .....	173
Mary Maerz	
<b>PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....</b>	190
Bianca Baracho	
<b>A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL</b> .....	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

<b>IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....</b>	<b>231</b>
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
<b>A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....</b>	<b>250</b>
Pedro Niebuhr	
<b>A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....</b>	<b>274</b>
José Adércio Leite Sampaio	
<b>THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS</b>	<b>295</b>
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
<b>ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?.....</b>	<b>313</b>
Fernando Leal	
<b>“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS .....</b>	<b>350</b>
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
<b>CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL? .....</b>	<b>373</b>
Cristóbal Carmona Caldera	
<b>SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>401</b>
Marcílio Toscano Franca	

# Consentimiento Libre Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena ¿Regla general y Derecho Consuetudinario Internacional?\*

## Free Prior and Informed Consent in the context of Extractive Projects in Indigenous Territory: General Rule And International Customary Law?

Cristóbal Carmona Caldera\*\*

### Resumen

En el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena en América Latina, el Consentimiento, Libre, Previo e Informado (CLPI) supone una salvaguarda relevante para la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, como muestra actualmente la práctica en América Latina, su significado es objeto de disputa sobre cuestiones claves, como cuándo procede o cuál es su estatus en el derecho internacional. En este contexto, el objetivo de este artículo es analizar dos respuestas que se han dado en doctrina a dichas interrogantes: la primera, es la que señala que el CLPI procede siempre que se pretenda instalar un proyecto en tierras de propiedad indígena, con independencia de la magnitud de impactos que genere; la segunda, es la que argumenta que el CLPI habría “cristalizado” ya en una norma de derecho consuetudinario internacional. Con todo, un análisis detenido de ambas argumentaciones revela graves problemas no solo con el uso de fuentes, sino relacionado a inconsistencias internas en su estructura, lo que, se sostendrá, impide que puedan ser consideradas jurídicamente plausibles. Este resultado permitirá contribuir a la clarificación de los conceptos principales del CLPI, al mismo tiempo que pondrá sobre la palestra la relativa (in)utilidad que tiene para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, el perseverar en interpretaciones que dejen fuera la voluntad estatal.

**Palabras clave:** Consentimiento Libre Previo e Informado; Pueblos Indígenas; Derecho Internacional de los Derechos Humanos

### Abstract

In the context of extractive projects in indigenous territory in Latin America, Free Prior and Informed Consent (FPIC) represents a relevant safeguard for the protection of the rights of indigenous peoples. However, as practice in Latin America currently shows, its meaning is being contested in different ways, such as which is its trigger mechanism or what is its status

\* Recibido em 08/01/2020  
Aprovado em 08/01/2020

\*\* Cristóbal Carmona Caldera. Investigador Asociado, Universidad Diego Portales (Santiago, Chile); cristobal.carmonac@mail.udp.cl

in international law. In this context, the objective of this article is to analyze two answers that have been given to these questions: the first one, indicates that FPIC is mandatory whenever it is intended to install a project on indigenous property lands, regardless of the magnitude of the impacts it generates; the second one, argues that FPIC have already “crystallized” into a norm of international customary law. However, a thorough analysis of both arguments reveals serious problems not only with the use of sources, but also related to internal inconsistencies in their structure, which, it will be argued, prevents them from being legally correct. If this is correct, this investigation will contribute to the clarification of the main concepts of FPIC, at the same time that it will put on the forefront the relative usefulness that it has for the protection of the rights of indigenous peoples, to persevere in interpretations that does not take into account the state will.

**Keywords:** Free Prior and Informed Consent; Indigenous Peoples; International Human Rights Law

## 1 Introducción

En un artículo reciente relativo a la práctica del derecho a consulta en América Latina, Almut Schilling-Vacaflor identificaba al “consentimiento”, como el objeto de disputas en la región:

In general, indigenous and Afro-descendant communities and organizations have argued that they should have the right to oppose projects that would affect their (subnational) territories, demanding that states and corporations accept their decision as binding (...) In contrast, state governments have argued that they are entitled to take the final decision about extraction projects in their (national) territory<sup>1</sup>.

Pero, evidentemente, no se trata de solo una disputa política. Junto a ello, agrega la autora, ambos grupos de actores han respaldado sus puntos de vista y convicciones muchas veces haciendo uso selectivo de normas internacionales o expresando su propia interpretación de estas<sup>2</sup>.

Este último punto es importante. Y es que no es baladí que, a más de diez años de la adopción por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos Indígenas (DNUDPI o Declaración), a la fecha sigue sin haber mucha claridad acerca de algunos elementos claves del Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI)<sup>3</sup>. Entre las principales características “disputadas” se pueden encontrar las relativas a la naturaleza legal<sup>4</sup>, los efectos<sup>5</sup>, los mecanismos de activación<sup>6</sup> y el estatus internacional de este derecho<sup>7</sup>. Ante este panorama, todavía parece ser válida la afirmación que S.J. Rombouts hiciera algunos años atrás, en sentido que “the relevant laws, norms, and practices are in a dynamic phase of definition”<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta la situación de América Latina, esta

<sup>1</sup> SCHILLING-VACAFLO, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springe, 2019, pp. 311-337, p. 331.

<sup>2</sup> SCHILLING-VACAFLO, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springe, 2019, pp. 311-337, p. 331.

<sup>3</sup> EXPERT MECHANISM ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES (EMRIP). Concept Note. Issues for consideration in the preparation of a study on the theme of free, prior and informed consent, as comprised in the Declaration on the rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/StudyConceptNote.pdf>. Visitado el: 24 de feb. 2018.

<sup>4</sup> Ver, en general, DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015.

<sup>5</sup> Mientras hay autores que señalan que da derecho para no dar consentimiento respecto de un proyecto en su totalidad (GILBERT, Jérémie. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, pp. 240-243), otros entienden que el consentimiento solo puede ser requerido respecto de aquellos aspectos del proyectos que afectan materialmente a los derechos de los pueblos indígenas (ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464. 2017).

<sup>6</sup> Ver sección N°2.

<sup>7</sup> Ver sección N°3.

<sup>8</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 415.

“deriva de interpretaciones” no es trivial, especialmente porque deja abierto el campo semántico-normativo a posibles instrumentalizaciones del derecho por parte de los estados<sup>9</sup>.

A consecuencia de esto, en los últimos años distintos autores y autoras han tratado de hacer frente a este conjunto de problemas. En este trabajo, me gustaría discutir brevemente las respuestas que dos de ellos, a saber, Mattias Åhrén y Cathal Doyle, han dado a las interrogantes vinculadas a los mecanismos que “gatillan” el CLPI y a su estatus en el derecho internacional.

A pesar de que tienen diferentes enfoques para tratar estos temas, ambos están de acuerdo en intentar reforzar y ampliar los derechos de los pueblos indígenas, basándose principalmente en una lectura expansiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia de los órganos de tratados de derechos humanos de la ONU, las cortes regionales y, ocasionalmente, en algunas prácticas relevantes -aunque escasas- de los estados. Sin negar la relevancia que podría tener el uso de estas fuentes y técnicas interpretativas en un contexto determinado, intentaré mostrar cómo, tal como se utilizan en estos casos, no pueden respaldar las conclusiones a las que llegan los autores. Y, si estoy en lo correcto, entonces de aquí se derivaría la necesidad de al menos pensar sobre la (in)utilidad de perseverar en este tipo de interpretaciones, como forma de avanzar en el cumplimiento del CLPI<sup>10</sup>.

Para lograr este objetivo, comenzaré (2) revisando la postura de Mattias Åhrén sobre cómo actualmente se puede entender al CLPI como una “regla general”. Luego, (3) abordaré la posición sostenida por Doyle, que consideraría al CLPI como una norma de derecho consuetudinario internacional -aunque la presente de manera ligeramente distinta-. Concluiré (4) con algunas reflexiones acerca de la conveniencia del tipo de argumentación desplegada por estos autores, y la necesidad de explorar un enfoque más pragmático de estos temas.

## 2 ¿El CPLI como regla general?

Es sabido que muchas de las aprensiones que se suscitaron en la revisión del Convenio N°107 de la OIT (Convenio N°107) que llevaría a la adopción del Convenio N°169 en 1989, tuvieron que ver con la posibilidad de que se otorgase a los pueblos indígenas una especie de “derecho a veto”<sup>11</sup>. La misma letanía de aprensiones tuvo lugar durante los más de 20 años de discusiones de la DNUDPI e, incluso, en las adhesiones posteriores a la Declaración<sup>12</sup>.

En un contexto como este, tampoco debiese sorprender que exista controversia sobre las circunstancias que “gatillan” o “activan” este deber. Puede notarse, por ejemplo, que cada uno de los dos principales ejemplos de CLPI que existían antes de la adopción de la Declaración -es decir, el art. 16N°2 de la OIT 169 y la Recomendación General XXIII del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés)-, tienen un mecanismo de activación diferente: mientras que en el art. 16N°2 el CLPI sólo opera en casos de reubicación, en la Recomendación General XXIII se aplica antes de cualquier decisión

<sup>9</sup> Como señalaba Larsen a propósito del derecho a consulta: “If there are calls for clarity and implementation, there appears to be an imminent risk of government-driven clarification implying business facilitation rather than a comprehensive approach to indigenous rights grounded in social justice”. LARSEN, Peter. Contextualising ratification and implementation: a critical appraisal of ILO Convention 169 from a social justice perspective. *The International Journal of Human Rights*, p. 6, 2019. Disponible en: DOI: 10.1080/13642987.2019.1677613. Visitado el: 23 dic. 2019.

<sup>10</sup> Por supuesto, no se trata de desechar completamente este tipo de hermenéutica, la que, después de todo ha tenido una importancia fundamental en el desarrollo de determinados derechos, como el Derecho Fundamental a la Identidad Cultural (FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 9, N°2, pp. 513-535, ago, 2019). Se trata, más bien, de pensar crítica y pragmáticamente sobre la misma.

<sup>11</sup> Ver DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 83-86.

<sup>12</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 161-165.

“directly relating to their rights and interests”. Así, por un lado, el CLPI es visto como un requerimiento “excepcional”, el cual aplica sólo en un caso específico relacionado con un efecto sustantivo sobre los derechos de los pueblos indígenas; por otro, se concibe como la “regla general”, la cual siempre se aplica frente a las decisiones del estado concernientes a los asuntos de los pueblos indígenas, sin importar el grado de impacto de esas decisiones.

Esta distinción, que se remonta por lo menos dos décadas atrás, sigue representando los dos polos de la actual discusión sobre las condiciones que se deben cumplir para entender que se “gatilla” la obligación, que ha cobrado especial fuerza después de la adopción de la DNUDPI.

Frente a ella, la propuesta Mattias Åhrén se acerca más a la perspectiva del CERD, pues sostiene que el CLPI operaría como una “regla general” en determinados escenarios. Para analizar su postura, (2.1) comenzaré examinado el llamado “enfoque de escala gradual” (“sliding scale approach”) en derecho internacional, en donde el CLPI aparecería como un caso “excepcional”, reservado solo para aquellas afectaciones más graves a los derechos de los pueblos indígenas; luego, (2.2) pasaré a exponer y criticar la teoría de Åhrén sobre el tema, la que, ya se dijo, invierte la idea, erigiendo al CLPI en una especie de “regla general” para todo proyecto que pretenda instalarse en terrenos tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas.

## 2.1 El consentimiento como excepción: el “enfoque de escala gradual”

Según se veía al inicio de este trabajo, pregunta recurrente al momento de enfrentar el derecho a consulta, tiene que ver con qué pasa -en términos normativos, por supuesto- si es que no se obtiene el acuerdo de las comunidades involucradas ¿El Estado puede seguir adelante con la medida? ¿O, en cambio, la falta de consentimiento es vinculante para el Estado de forma tal que, sin aquél, no se puede realizar la medida?

Hace algunos años, abordando este tema Raquel Yrigoyen proporcionaba una respuesta que puede ser ideal para comenzar esta indagación. La autora peruana diferenciaba el “consentimiento como ‘finalidad’ de un proceso de consulta, de aquel como ‘requisito’ para que el Estado tome una decisión”<sup>13</sup>. De acuerdo al primero, “el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aun instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado para tomar una decisión”<sup>14</sup>. Empero, en determinadas situaciones -como aquellas en donde se puede poner en riesgo la integridad de un pueblo, como en las relocalizaciones- “el consentimiento no solo es el horizonte o la finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión”<sup>15</sup>.

La distinción entre “consentimiento como finalidad” y “consentimiento como requisito” que propuso Yrigoyen denota ya lo que en derecho internacional se conoce como el “sliding scale approach”, en donde se vincula -a decir de Baressi- “the issue of FPIC with the nature of and effects that a proposed initiative will have on their fundamental human rights”<sup>16</sup>. Esta diferenciación encuentra un correlato jurídico tanto en el Convenio N°169 como en la DNUDPI.

En el Convenio N°169, el “consentimiento” se encuentra en dos disposiciones, a saber, los arts. 6N°2 y 16N°2. En el primero, el consentimiento aparece como objetivo a conseguir (“con la finalidad de (...) lograr

<sup>13</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>14</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>15</sup> YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, p. 30, 2009.

<sup>16</sup> BARELLI, Mauro. *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. New York: Routledge, 2016. p. 39.

el consentimiento acerca de las medidas propuestas”); en el segundo, en tanto, como elemento sin el cual -en primera instancia, al menos- no se puede llevar adelante la acción propuesta por el Estado (“sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa”). La Declaración, en tanto, utilizaría una fórmula similar. En efecto, el CLPI aparece, en el contexto en donde se requeriría algún tipo de participación de los pueblos indígenas<sup>17</sup>, en cuatro artículos. En dos de ellos, los arts. 19 y 32Nº2, la obligación que se predica para el Estado es la de consultar en orden a obtener el consentimiento (“consultar (...) a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”); en los dos restantes, arts. 10 y 29Nº2, el consentimiento aparece como *conditio sine qua non* para la realización de la medida (“No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado”; “no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos (...) sin su consentimiento libre, previo e informado.”).

Bajo esta argumentación, la regla general en los procesos de consulta sería que fuesen desarrollados con el objetivo de lograr u obtener el consentimiento, pero en al menos dos casos -relocalización y depósito de materiales peligrosos-, el consentimiento operaría como elemento necesario (requisito) para llevar a cabo la medida<sup>18</sup>.

Adicionalmente, diversos órganos de tratado internacionales y regionales, elaborando sobre la lógica esbozada arriba, han entendido -aunque no de manera consistente- que el consentimiento como “requisito” se daría en aquellos casos en que los impactos son tales, que pueden poner en riesgo la supervivencia física y cultural del grupo. De estas decisiones, quizás la más conocida sea la expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en *Saramaka v. Surinam*. Acá, en su pronunciamiento sobre el fondo de finales de 2007, la Corte indicó que, “regarding large-scale development or investment projects that would have a major impact within Saramaka territory, the State has a duty, not only to consult with the Saramakas, but also to obtain their free, prior, and informed consent, according to their customs and traditions”<sup>19</sup>. Esta decisión fue replicada dos años más tarde por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), en el caso *Endorois v. Kenya*<sup>20</sup>.

Distintos órganos del sistema de protección universal de derechos humanos se han pronunciado en la misma línea. Así, en *Poma v. Perú*, el Comité de Derechos Humanos, ante un proyecto del estado peruano que había modificado el régimen hídrico de vegas y bofedales, provocando el desecamiento y degradación de la vegetación necesaria para el desarrollo de las actividades tradicionales de subsistencia (pastoreo) de una comunidad aymara, el Comité estimó que, respecto de aquellas medidas “which substantially compromise or interfere with the culturally significant economic activities of a minority or indigenous community (...) requires not mere consultation but the free, prior and informed consent of the members of the community”<sup>21</sup>. De igual forma, aunque quizás de manera menos nítida que en los casos anteriores, el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en su Comentario General N° 21, ha señalado que “States parties should obtain their free and informed prior consent when the preservation of their cultural

<sup>17</sup> El CPLI también aparece en los arts. 11Nº2 y 28º2, pero como forma de cualificar la propiedad cultural y territorial que sería objeto de reparación.

<sup>18</sup> Esta conclusión se alinea con lo señalado por James Anaya, en su calidad de UN Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (Special Rapporteur), el año 2009: “The Declaration recognizes two situations in which the State is under an obligation to obtain the consent of the indigenous peoples concerned, beyond the general obligation to have consent as the objective of consultations. These situations include when the project will result in the relocation of a group from its traditional lands, and in cases involving the storage or disposal of toxic waste within indigenous lands (arts. 10 and 29, para. 2, respectively)”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July 2009, para. 47.

<sup>19</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007, para. 134.

<sup>20</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, para. 291.

<sup>21</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *Angela Poma Poma v. Perú*. Communication No. 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006. 24 April 2009, para. 7.6.

resources, especially those associated with their way of life and cultural expression, are at risk”<sup>22</sup>.

Visto lo anterior, pareciese al menos existir una tendencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), según la cual el deber de obtención del consentimiento respondería a una lógica de proporcionalidad en relación al grado afectación de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas<sup>23</sup>. Como lo resumió con claridad Rombouts:

Where the goal of (...) obligatory consultation processes should always be to obtain the free, prior and informed consent of the communities involved, in some cases obtaining FPIC [*Free Prior and Informed Consent*] may gain a more mandatory character. This appears to be the case when indigenous peoples are (a) relocated, (b) when hazardous materials are disposed or stored on their lands or territories, and (c) when large-scale development or investment projects have a significant or major impact within indigenous territories. The scope of FPIC is necessarily dependent upon the impact of the proposed decision and the nature of the rights involved<sup>24</sup>.

Ahora bien, es evidente que existen diferentes grados de fuerza normativa entre las fuentes que sustentan esta hipótesis y, por ende, que habrá cierta variabilidad en relación a qué tan exigible puede ser para un Estado una causal determinada. Dado que mi intención en este artículo no es ni defender ni clarificar esta postura, sino solo exponerla como contrapunto a la de Áhrén, no puedo detenerme mayormente en estos matices.

No obstante, es posible subrayar que desde un punto de vista “ascendente” del derecho internacional, la misma noción de “escala gradual” podría usarse para caracterizar estas diferencias entre las fuentes. Así -a riesgo de simplificar en demasía el argumento- el “desplazamiento” ocuparía un lugar preeminente como causal de CLPI, derivado de su existencia tanto en el Convenio N°169 como en la DNUDPI; el depósito de materiales peligrosos, en tanto, tendría un peso menor, por estar consagrado solo a nivel de “soft law”; y, en último lugar, la causal que versa sobre los proyectos que puedan producir un impacto significativo, puesto que, como se verá más adelante, incluso ha retrocedido en la jurisprudencia de los sistemas interamericano y africano.

## 2.2 De excepción a regla general: el CLPI en el caso de proyectos extractivos en territorio indígena

Se ha visto cómo la jurisprudencia de ciertos órganos de tratado ha agregado una causal más a las que se pueden encontrar en los textos del Convenio N°169 y de la DNUDPI, cual es, *grosso modo*, el desarrollo de proyectos de inversión que puedan poner en riesgo o afectar severamente la sustentabilidad física y/o cultural de los pueblos indígenas.

Ahora bien, como ha notado el mismo Rombouts, este es muchas veces el caso cuando se trata de proyectos de extracción de recursos naturales en territorio indígena<sup>25</sup>. En razón a ello, en los últimos años autores como Doyle<sup>26</sup> o Gilbert<sup>27</sup> han sostenido que el CLPI procede *siempre* frente a proyectos extractivos

<sup>22</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General comment No. 21. Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). E/C.12/GC/21, para. 55.c.

<sup>23</sup> INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Indigenous and Tribal Peoples’ Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources. Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09. 30 December 2009, para. 333.

<sup>24</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 414.

<sup>25</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 224.

<sup>26</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 158 y 159.

<sup>27</sup> GILBERT, Jérémic. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law: From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016pp. 240-243.

de recursos naturales existentes en territorios indígenas; esto es, independiente del nivel de impacto. Uno de los autores más recientes en sostener una tesis parecida es Mattias Åhrén, quien en su libro *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*<sup>28</sup>, señala que:

In summary, indigenous communities' property rights over territories traditionally used award them with a right to withhold or offer their consent to competing activities that seek access to their territories<sup>29</sup>.

A primera vista, la teoría del autor escandinavo se separa de las referidas por Doyle y Gilbert en al menos dos cuestiones: por una parte, su fundamento se encuentra en el derecho de propiedad y no, en el derecho a la libre determinación; por otra, mientras dichos autores limitan su tesis a industrias extractivas, para Åhrén no habría limitación *a priori* respecto de la naturaleza de la actividad, no obstante casi la totalidad de los ejemplos de jurisprudencia de organismos internacionales que cita, se refieren a este tipo de industrias<sup>30</sup>. Con todo, la coincidencia es importante en torno al hecho de que, toda vez que una industria se quiera instalar en territorio tradicionalmente ocupado por pueblos indígenas, se requerirá obtener el CLPI de dichos pueblos; en otras palabras, a diferencia de lo planteado en el apartado anterior, el consentimiento como “requisito” operaría acá como *regla general*.

Es en torno a tres dimensiones argumentativas que Åhrén sustentaría dicha conclusión: (2.2.1) el derecho de propiedad indígena; (2.2.2) la jurisprudencia de diversos órganos de DDHH; y (2.2.3) lo dispuesto por el art. 32 de la Declaración. Cada una de estas será examinada a continuación con cierto detalle.

Antes de comenzar, eso sí, es menester efectuar una breve prevención. En lo que sigue, se verá que Åhrén utiliza diversas fuentes de derecho internacional de manera des-diferenciada. Esto, que de todas formas tiene problemas serios en lo que se refiere al uso de las fuentes en derecho internacional, podría tener cierto sentido dentro de las premisas hermenéuticas “descendentes” en las que se basa su trabajo. Por lo mismo, y aun cuando el presente análisis se haga desde una postura que se puede llamar, a falta de un mejor término, “ascendente”, intentaré enfocarme en la coherencia interna de sus argumentaciones, bajo la creencia que una crítica de este tipo puede ser más iluminadora al momento de evaluar la plausibilidad jurídica de su teoría.

### **2.2.1 Derecho de propiedad, uso tradicional y consentimiento**

Åhrén parte del supuesto que, en base principalmente al artículo 26 de la DNU DPI -al que considera derecho consuetudinario-, los pueblos indígenas tendrían un derecho de propiedad sobre los territorios que tradicionalmente ocupan<sup>31</sup>: “if the community has traditionally used a land area and natural resources there in manners customary to its culture, it has established a property right to the area”<sup>32</sup>, señala el autor escandinavo.

Bajo esa premisa, Åhrén subraya que uno de los elementos principales de todo derecho de propiedad es otorgar a su dueño la prerrogativa de determinar quién puede acceder a su tierra. Y, dado que los derechos de propiedad sobre territorios usados tradicionalmente otorgan el mismo estatus legal que un título inscrito, las comunidades tienen entonces, el mismo derecho que otros a otorgar o no su consentimiento a terceras partes que quieran ingresar a sus tierras<sup>33</sup>. Asimismo, señala Åhrén, “international sources do affirm that indigenous communities' property rights over territories bestow them with a right to deny third parties access to such lands”<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

<sup>29</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>30</sup> De igual forma casi la totalidad de los ejemplos de jurisprudencia de organismos internacionales que cita, se refieren a este tipo de industrias. ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 203-205.

<sup>31</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 203.

<sup>32</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

<sup>33</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

<sup>34</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 193.

Hay distintos problemas con esta teoría. Por una parte, difícilmente se podría concluir que el art. 26 de la DNUDPI constituye derecho consuetudinario internacional<sup>35</sup>; por otra, el autor ignora que los regímenes de tierras son distintos entre la DNUDPI y el Convenio N°169<sup>36</sup>, lo que implicaría que en los países en que está vigente este tratado la teoría de Åhrén se vería severamente restringida. Pero incluso si hace caso omiso de estos problemas, la teoría sigue sin convencer.

Esto es así porque, del hecho que tengan derecho de propiedad sobre los territorios que tradicionalmente ocupan, *no implica que dicho derecho no pueda ser restringido sin su consentimiento*. La misma DNUDPI en su art. 46N°2 establece expresamente esta posibilidad<sup>37</sup>, al igual que lo hacen los números 1 y 2 del art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>38</sup> y, por supuesto, así lo ha fallado la Corte IDH<sup>39</sup>.

Åhrén reconoce esto, denominándolo como la “excepción a la regla general” del consentimiento, que en este caso tomaría la forma de una expropiación, la cual -siguiendo lo establecido por la Corte IDH en *Saramaka*<sup>40</sup>- además de estar establecida por ley, debiese cumplir con los objetivos de perseguir un fin legítimo y que sea proporcional<sup>41</sup>. Al respecto, Åhrén argumenta que, para un Proyecto extractivo, sería muy difícil cumplir a la vez con ambos requisitos. Así, explica, es probable que solo un proyecto extractivo de gran escala pueda cumplir con una necesidad social legítima; pero, por regla general, esta extracción a gran escala seguramente afectará de manera significativa al territorio de la comunidad indígena, por lo que no cumpliría con el criterio de proporcionalidad<sup>42</sup>. En suma, aun cuando se pueda restringir el derecho de propiedad sin su consentimiento, ello difícilmente se lograría en la práctica, por lo complejo que sería cumplir con estos dos requisitos de manera simultánea.

De acuerdo a lo anterior, si se acepta la hipótesis que los pueblos indígenas tienen derechos de propiedad sobre los territorios utilizados tradicionalmente, hay dos conclusiones que se pueden extraer: primero, que tanto de lo dispuesto por el DIDH como de la propia teoría de Åhrén, *si se pueden realizar proyectos* en su territorio *sin el consentimiento* de los pueblos indígenas -con lo que se hace difícil sostener que el derecho de propiedad pueda servir para establecer que estos pueblos tienen el derecho a dar o no su consentimiento para el ingreso de industrias a su territorio-; segundo, que aun si el proyecto no se puede realizar, ello *no sería por la falta de consentimiento de los pueblos indígenas*, sino simplemente por no obedecer la medida a un fin legítimo o no ser proporcionada, con lo que el consentimiento de estos pueblos no funciona como un estándar normativo con el cual los Estados debiesen cumplir al momento de autorizar o no el ingreso a los territorios indígenas.

En suma, el eventual derecho de propiedad que los pueblos indígenas pudiesen tener sobre los territorios que tradicionalmente ocupan, no podría sustentar por sí mismo la teoría de que se requiere, como regla general, el CLPI para permitir el desarrollo de proyectos extractivos en estos territorios.

<sup>35</sup> “At the moment (...) the current body of evidence seems to imply only a generally recognized principle that states must create some protections for indigenous ancestral land”. KORMAN, Seth. *Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law*. *University of Hawaii Law Review*, Hawaii, Vol. 32, N°391 pp. 391-462. 2010, p. 461.

<sup>36</sup> GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors*. Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, p. 270.

<sup>37</sup> 46N°2. “(...) El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”.

<sup>38</sup> “21N°1 (...) La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 21N°2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

<sup>39</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*. Judgment of November 28, 2007, para. 127-134.

<sup>40</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs)*. Judgment of November 28, 2007, para. 127.

<sup>41</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 206-213.

<sup>42</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

## 2.2.2 El CLPI como “regla general” en la jurisprudencia internacional

Como se indicó arriba, según Åhrén, “international sources do affirm that indigenous communities’ property rights over territories bestow them with a right to deny third parties access to such lands”<sup>43</sup>. Para demostrarlo, efectúa una serie de citas a pronunciamientos de diversos órganos que sustentarían dicha aserción, entre los que destacan los pronunciamientos del CERD sobre la situación de diversos países.

En este punto, pareciera tener razón Åhrén cuando sostiene que, en su mayoría, las opiniones del CERD han afirmado que los Estados deben asegurar que el consentimiento de las comunidades indígenas no es solamente buscado, sino también obtenido, antes de que terceros puedan entrar a sus territorios<sup>44</sup>. Como se puede observar de los informes citados por el autor, el fundamento para ello se encuentra en la Recomendación general XXIII. Según se vio arriba, por esta recomendación el Comité llama a los estados parte a asegurar, entre otras cosas, “that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent”<sup>45</sup>. En esta recomendación, que habría sido tomada en consideración a la magnitud del problema de privación de tierra al que se veían afectos los pueblos indígenas, efectivamente se encuentra una concepción de CLPI como “regla general”, esto es, sin referencia a un nivel de impacto determinado. Con todo, si se mira con cuidado, aun cuando tanto las observaciones a los países como la Recomendación general no ahondan en las razones para sustentar este tipo de regla, en el caso de las observaciones, sí se indicaría que ello tendría lugar a propósito de la presencia de proyectos extractivos<sup>46</sup> y de las afectaciones que tendrían los proyectos llevados a cabo en su territorio sobre sus derechos<sup>47</sup> y no, como querría Åhrén, en virtud del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

Algo similar ocurriría con la que, a primera vista, sería la referencia más cercana a la postura de Åhrén, a saber, aquella manifestada por James Anaya en su faceta de Relator Especial para los derechos de los pueblos indígenas el 2013 -ello, a pesar de que en los últimos años Anaya habría moderado su postura<sup>48</sup>-. En este informe, al referirse a los proyectos extractivos dentro de los territorios indígenas, Anaya establece como regla general “that extractive activities should not take place within the territories of indigenous peoples without their free, prior and informed consent”<sup>49</sup>. Eso sí, a diferencia de Åhrén, para Anaya, esta regla general se derivaría del papel que juega el CLPI como salvaguardia de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas, y del hecho que, dada “the invasive nature of industrial-scale extraction of natural resources, the enjoyment of these rights is invariably affected in one way or another when extractive activities occur within indigenous territories”<sup>50</sup>. Como se puede ver, para Anaya, el fundamento para exigir el consentimiento siempre

<sup>43</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

<sup>44</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples’ Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 212 y 213.

<sup>45</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples. A/52/18, annex V, para 4.d.

<sup>46</sup> Por ejemplo, en el caso de Ecuador que cita Åhrén, el CERD “urges the State party to enforce the Consultation and Participation Act fully in practice and, in light of its general recommendation 23, section 4 (d), consult the indigenous population concerned at each stage of the process and obtain their consent in advance of the implementation of projects for the extraction of natural resources”. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador. CERD/C/EQU/CO/19. 22 September 2008, para. 16.

<sup>47</sup> Así se lee en los comentarios a Canadá que cita el autor, en donde el Comité solicita implementar “in good faith the right to consultation and to free, prior and informed consent of Aboriginal peoples whenever their rights may be affected by projects carried out on their lands, as set forth in international standards and the State party’s legislation”. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada. CERD/C/CAN/CO/19-20. 4 April 2012, para. 20 (a).

<sup>48</sup> “In keeping with the safeguard role of the duty to consult, as a general rule, consent by indigenous peoples is required whenever their substantive rights over lands and resources, their rights to culture and religion, their right to set their own development priorities, or other internationally recognized rights will be materially and substantially affected by the measure promoted by the state”. ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464, 2017, p. 461. Énfasis agregado.

<sup>49</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 27.

<sup>50</sup> HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extrac-

en casos de emplazamiento de industrias extractivas en territorio indígena es independiente de la propiedad que puedan tener estos pueblos sobre sus territorios<sup>51</sup>. Se basa, en cambio, en los probables impactos que la instalación de este tipo de industrias tendría sobre diversos derechos sustantivos de los pueblos indígenas, lo que se encuentra bastante alejado de la concepción de Åhrén.

Más allá de estos pronunciamientos, lo cierto es que el resto de “jurisprudencia” citada por el autor no lo faculta para sostener de manera convincente su tesis, ni siquiera en lo que concierne a que el consentimiento opera como *regla general*. Así, en la observación del CDESCR sobre Colombia a la que hace mención, si bien el Comité recomienda al Estado que adopte legislación que establezca con claridad el CPLI, indica explícitamente que ello debe ser hecho *en conformidad* con lo dispuesto en la ILO 169 -en donde, se sabe, el consentimiento opera como “requisito” solamente respecto del caso de desplazamiento-, y lo resuelto por la Corte Constitucional -la que, en su sentencia más avanzada a esa fecha, adhiere a un CLPI que procede ante impactos de gran magnitud sobre las comunidades indígenas<sup>52</sup>.

Por otra parte, en lo referente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Åhrén cita dos casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a saber, *Mary and Carrie Dann v. United States* y *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*<sup>53</sup> que se alinearían con su postura. Sin embargo, el autor omite a este respecto la jurisprudencia posterior de la Corte IDH. Ello es importante por dos razones. La primera, porque como ya se revisó, en *Saramaka v. Surinam*, la Corte IDH adhirió a un estándar en donde se requería una grave afectación de los pueblos indígenas para gatillar del CLPI. La segunda, porque desde ese entonces, como se indicará abajo, la Corte IDH *no ha vuelto a reiterar el requisito del consentimiento*. De esta forma, la presentación de dos casos de la CIDH aparece como extremadamente parcial.

Al fin, salvo las observaciones del CERD y del Relator Especial -con las prevenciones efectuadas en cada caso-, el examen a las referencias de Åhrén no solo denota una revisión jurisprudencial incompleta, sino incluso que una parte de la jurisprudencia citada no ampararía consistentemente la postura del consentimiento como regla general.

### 2.2.3 El art. 32 de la DNUDPI

El último argumento a revisar, dice relación con la lectura que sugiere el autor que se puede hacer del art. 26, a la luz del art. 32, ambos de la Declaración. Al respecto, a pesar de que el autor reconoce que el art. 32 es una disposición vinculada más a la libre determinación que a la propiedad, de igual forma sostiene que “it lends certain support to the general idea that third party access to indigenous territories presupposes approval”<sup>54</sup>.

La impresión de Åhrén de que el art. 32 prestaría un tipo de apoyo a la idea de que el acceso de terceros a territorio indígena requeriría la aprobación de estos, descansaría simplemente en la reproducción parcial del texto del artículo, que Åhrén cita de la siguiente forma:

(...) [s]tates shall ... [consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to]<sup>55</sup> obtain [indigenous peoples'] free and informed consent prior to the approval of any Project affecting their lands and territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources.

tive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 28.

<sup>51</sup> Ello, pues cuando se refiere a “territorio”, abarca también aquellas áreas “that are of cultural or religious significance to them or in which they traditionally have access to resources that are important to their physical well-being or cultural practices”. HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013, para. 28.

<sup>52</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-769/09, de 29 de octubre de 2009.

<sup>53</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>54</sup> ÅHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 205.

<sup>55</sup> Esto corresponde a la parte omitida por Åhrén.

Como se puede apreciar, la parte omitida es precisamente aquella que señala que el deber de los estados no es, como sugiere Åhrén, “obtener el consentimiento”, sino en realidad “consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free and informed consent”. De esta forma, se trata, como se precisó arriba y se verá más adelante, de una regla en donde el consentimiento opera como “finalidad” y no como “requisito”, por lo que malamente podría venir en apoyo a su postura.

En suma, parece evidente que la postura de Åhrén presenta una serie de inconsistencias internas que hacen que, a fin de cuentas, no pueda ser sostenida jurídicamente. Y, si esto es así, entonces pareciera ser que aquel “enfoque de escala gradual” que referí al inicio, todavía sería la hipótesis más plausible en este concierto -ello, claro está, teniendo en cuenta que su nivel de plausibilidad dependerá asimismo del tipo de causal invocada dentro de esa escala-.

### 3 ¿La costumbre internacional sin Estado?

El segundo problema que se identificó arriba, se recordará, tenía que ver con el posible estatus del CLPI como norma consuetudinaria. Por ende, toca ahora abocarse a revisar la teoría de Cathal Doyle relativa a que el consentimiento estaría alcanzando -o derechamente ya habría alcanzado- un estatus de este tipo.

Con este objetivo, comenzaré este apartado examinado someramente (3.1) los elementos que se requieren para dar cuenta de la existencia de una costumbre internacional; para luego (3.2) presentar algunos puntos de la doctrina contemporánea en torno a la posibilidad de que ciertos derechos consagrados en la DNUDPI constituyan costumbre internacional. A continuación, (3.3) analizaré los argumentos que presenta Doyle para sustentar la tesis ya mencionada.

#### 3.1 La costumbre en el Derecho Internacional Público

Como se sabe, la DNUDPI, al ser una resolución adoptada por la AGNU -y no ser de carácter presuestario-, tiene la naturaleza jurídica de una recomendación, lo que significa que no sería legalmente vinculante para los estados<sup>56</sup>.

Partiendo de este hecho básico, una parte importante de la doctrina ha buscado -con cierta ansiedad- diversos enfoques que permitiesen entender que los derechos consagrados en la Declaración sí son, de alguna u otra forma, obligatorios. Una vía recurrente -defendida con dispar suerte-, ha sido la de indicar que, como refirió James Anaya en su reporte a la AGNU el 2013:

(...) some aspects of the Declaration — including core principles of non-discrimination, cultural integrity, property, self-determination and related precepts that are articulated in the Declaration — constitute, or are becoming, part of customary international law (...)<sup>57</sup>.

El asegurar que ciertos derechos o principios se han convertido, o están en vías de convertirse, en normas de derecho consuetudinario internacional, significaría que, independiente del carácter de “*soft law*” que pueda tener la Declaración, esta reflejaría obligaciones internacionales que los estados estarían obligados a cumplir<sup>58</sup>. Como lo intenta explicar Davis, bajo estos predicamentos, “it would seem that the Declaration

<sup>56</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Revised Edition. New York: Routledge, 1997, p. 4.

<sup>57</sup> UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Rights of indigenous peoples. Note by the Secretary-General. A/68/317. 14 August 2013, para. 64.

<sup>58</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, p. 43, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

exists in an amorphous in-between state of constituting both a ‘non-binding’, influential and aspirational statement of soft law but equally an instrument that reflects already binding rules of customary international law”<sup>59</sup>. Sin embargo, así expresada, la tesis es compleja, especialmente si se considera el carácter convertido que la propia categoría de “customary international law” ostenta.

Establecida como fuente de derecho internacional en el art. 38Nº1(b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la costumbre internacional es conceptualizada por ese mismo artículo “evidencia de una práctica generalmente aceptada como derecho”; en función de lo anterior, la doctrina y la propia CIJ<sup>60</sup> mayoritariamente entienden que estaría constituida por dos elementos: el objetivo, de una “práctica general” y el subjetivo -o “espiritual”, como lo llamó Pastor Ridruejo<sup>61</sup>-, relativo a que dicha práctica sea “aceptada como derecho” -la llamada *opinio iuris*-.

No obstante, a pesar de su aparente sencillez, esta forma de determinar cuándo estamos frente a una costumbre internacional genera una serie de interrogantes teóricos y prácticos que todavía no es posible dilucidar, relativos a la base de la obligación, a qué cuenta como *opinio iuris*, a cómo algo puede ser “aceptado como derecho” antes de convertirse en derecho, entre otras<sup>62</sup>.

Lo anterior debiese bastar para mirar con cautela la posición representada en la afirmación de Anaya. Sin embargo, como se ha mencionado ya, un número significativo de autores ha seguido -con mayor o menor profundidad- una línea similar.

### 3.2. Los derechos establecidos en la DNUDPI como derecho consuetudinario internacional

En doctrina, es posible identificar al menos tres argumentos que se suelen utilizar -con mayor o menor claridad y profundidad- para sostener que ciertos derechos presentes en la UNDRIP ya se habrían “cristalizado” -o estarían en vías de serlo- en normas internacionales consuetudinarias, a saber:

- a) La abrumadora mayoría con la que se habría aprobado la Declaración -143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones-, junto con otras declaraciones o manifestaciones efectuadas por los estados en diferentes foros, servirían para inferir la existencia de *opinio iuris* en relación a ciertos derechos presentes en la misma -más todavía si se considera que, durante los años siguientes, los cuatro países que habían votado en contra (Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda) manifestaron su apoyo a la DNUDPI<sup>63</sup>;
- b) Los reiterados pronunciamientos de distintos órganos de tratados -universales y regionales- aplicando derechos de los pueblos indígenas, representarían la existencia de un consenso internacional al respecto<sup>64</sup>; y

<sup>59</sup> DAVIS, Megan. To Bind or Not to Bind: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On. *Australian International Law Journal*, Vol. 3, pp. 17-48, 2012, pp. 40-44.

<sup>60</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya v. Malta). ICJ Report 1985, p. 29.

<sup>61</sup> PASTOR, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 2da edición ampliada y revisada. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 85.

<sup>62</sup> LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, Caps. 2 y 3.

<sup>63</sup> ANAYA, James & WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment? *Jurist*. 2007. Disponible en: <<http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>>. Visitado el 21 dic. 2017; BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 58, oct. 2009, Vol. 58, pp. 957-983, oct. 2009, pp. 967 y 968; e INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. Nº50, 2012, pp. 43 y ss., Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

<sup>64</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 102-132; e INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. Nº50, 2012, pp. 43 y ss., Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

- c) La creciente práctica de los estados a nivel doméstico e internacional daría cuenta de la presencia de los dos elementos requeridos para entender que estaríamos en presencia de una norma de derecho consuetudinario internacional<sup>65</sup>.

Presentados separados o conjuntamente, estos argumentos se encuentran en los escritos de la mayoría de los autores que se detienen a considerar el tema. Sin embargo, examinados con alguna detención, se puede ver que difícilmente podrían llevar a una conclusión como la buscada<sup>66</sup>.

Respecto a la posibilidad de entender que la DNUDPI sea evidencia de *opinio iuris*, si bien -como indicó la CIJ en Threat or use of nuclear weapons (Advisory Opinion)- las resoluciones de la Asamblea General “can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio iuris*”<sup>67</sup>, no sería sencillo sostener dicha afirmación a propósito de la Declaración.

De partida, como advertía Lepard, “it is important to examine carefully the wording and legal and political context of a resolution to determine to what extent it expresses state views about the immediate desirability of implementing a particular norm as a universally authoritative rule of law”<sup>68</sup>. En este orden ideas, si -como Voyiakis ha explicado- en un voto afirmativo se pueden encontrar al menos tres tipos distintos de intenciones, entonces quienes sostengan la importancia de estos para la existencia de una costumbre internacional:

(...) need to provide some explanation of how the various intentions States have when voting can be legitimately separated from one another and, assuming that some such separation is legitimate, which of those intentions is most significant for the purposes of international custom<sup>69</sup>.

Si se entra a analizar las votaciones en concreto, el resultado tampoco varía. Ya Xanthaki y Allen han señalado cómo incluso las declaraciones de estados que concurrieron con su voto a la adopción de la DNUDPI dejaban claro que no intentaban con ello crear una regla de derecho consuetudinario internacional<sup>70</sup>. De manera similar, los términos en los que los restantes cuatro estados manifestaron su posterior “apoyo” a la Declaración, recalcan la naturaleza aspiracional que tendría para ellos el documento y, de hecho, en los “statements” de Estados Unidos y Canadá<sup>71</sup> explícitamente se niega el carácter de “current international law” o “customary international law” a la DNUDPI<sup>72</sup>. Todavía más, el propio lenguaje de la Declaración no apoya su lectura como costumbre internacional<sup>73</sup>. Por lo mismo, incluso en el caso hipotético que hubiese sido adoptada por consenso, ello no sería suficiente para convertirla en costumbre<sup>74</sup>.

<sup>65</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, pp. 109 y 110; y KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010.

<sup>66</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, pp. 33-36.

<sup>67</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. ICJ Reports 1996, para. 70.

<sup>68</sup> LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 212.

<sup>69</sup> VIOYAKIS, Emmanuel. Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law? In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 209-223, p. 217.

<sup>70</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36; ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 226-256, p. 229.

<sup>71</sup> Como se sabe, el año 2017 Canadá formularía una adhesión si condiciones a la DNUDPI.

<sup>72</sup> TOKI, Valmaine. Indigenous Rights - Hollow Rights. *Waikato Law Review*. Vol. 29, N°2, pp. 29-43, 2011, pp. 32-36.

<sup>73</sup> “The Preamble ‘solemnly proclaims the [Declaration] as a standard of achievement to be pursued in a spirit of partnership and mutual respect’. Other phrases such as ‘a common standard of achievement’, striving ‘by teaching and education to promote respect’ and incorporating ‘progressive measures’ all point towards the view that the rights included are not to be legally binding”. XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>74</sup> Ver TESÓN Fernando. Fake Custom. In: LEPARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 93, nota 16.

Tampoco parece lograr el objetivo referido la copiosa referencia que se suele hacer a los pronunciamientos de diversos órganos de tratados y de los sistemas regionales de derechos humanos<sup>75</sup>. En efecto, estas observaciones, informes, recomendaciones y sentencias se vinculan -no de manera fácil, por cierto- de diversas formas con ambos elementos de la costumbre. Anaya, por ejemplo, refiere a la CIDH y a la Corte IDH en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni* como actores que han “contribuido a la consolidación de la *opinio iuris* de las normas de derecho consuetudinario internacional sobre el derecho de los pueblos indígenas a la tierra”<sup>76</sup>. El Interim Report de International Law Association es menos claro, citando este tipo de observaciones como “relevant international practice” que, junto con la práctica estatal, muestra que la protección de los derechos básicos de los pueblos indígenas ya se ha “cristalizado”<sup>77</sup>. Adicionalmente, en un estudio bastante más riguroso, Korman las vincula -no sin reconocer los problemas que ello supone- a ejemplos de *opinio iuris*<sup>78</sup>, para luego incluirlos dentro de la categoría un tanto espuria de lo que denomina “customary international law factors”<sup>79</sup>.

Aun cuando -como indicó el Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S.- para determinar si es que una regla se ha vuelto parte del derecho internacional, “substantial weight is accorded to (...) judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals”<sup>80</sup>, basarse primordialmente en observaciones de órganos de tratados para construir, ya sea evidencia de *opinio iuris*, o indirectamente alguna noción de práctica estatal, es bastante complejo. Ello no solo porque las observaciones de estos órganos no tengan carácter vinculante<sup>81</sup> -salvo en caso de la Corte IDH respecto a los partes en los casos contenciosos-, sino principalmente porque, al ser sus miembros expertos independientes y no agentes de gobierno, su opinión difícilmente podría proporcionar evidencia directa de *opinio iuris*<sup>82</sup>.

De igual forma, el cumplimiento de los estados a las observaciones/fallos de los órganos de tratado, difícilmente podría ser considerada como evidencia de la existencia de una norma de derecho consuetudinario, toda vez que ello se haría en cumplimiento de las normas del tratado correspondiente. Eventualmente, dado que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) contempla explícitamente esta posibilidad en su art. 38<sup>83</sup>, se podría alegar que una norma convencional puede convertirse en consuetudinaria. Pero esto no es fácil. Como indicó Malgosia Fitzmaurice en relación a lo complejo que podía ser tratar de ver los derechos del Convenio N°169 como derecho consuetudinario: “The creation of a norm of customary international law deriving from multilateral treaty is a very complicated process, subject to many stringent conditions and the existence of such a norm requires a high standard of proof”<sup>84</sup>. Como ejemplo de ello, en

<sup>75</sup> Del examen de los argumentos basados en estas decisiones o recomendaciones, es interesante relevar que, por regla general, se encuentran ausentes en ellos las interpretaciones efectuadas por la CEACR. Una razón para esto, podría ser que el carácter tripartito de la OIT, en la práctica lleve a efectuar recomendaciones más tradicionales al momento de interpretar los artículos del Convenio n. 169. Sin embargo, esta es una hipótesis que escapa al alcance del trabajo el poder demostrar.

<sup>76</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 125 y 126.

<sup>77</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012, p. 43. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.

<sup>78</sup> KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 417- 420; 246 y 427.

<sup>79</sup> KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 456-458.

<sup>80</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S. 1987, para. 102.

<sup>81</sup> “These general comments, although not legally binding on state parties, should at least be regarded as having persuasive authority regarding interpretation of the obligations undertaken by states in that treaty”. LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

<sup>82</sup> LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 183.

<sup>83</sup> Art. 38. “Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

<sup>84</sup> FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declara-

*North Sea Continental Shelf*, la CIJ estableció como “requisito indispensable” que la “práctica estatal”:

including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked;- and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved<sup>85</sup>.

Ninguno de los autores analizados llega a detenerse en un análisis detallado del nivel de cumplimiento de estas observaciones por parte de los estados, de manera que pudiese configurar “práctica estatal”.

Por otro lado, no deja de ser relevante el hecho que la misma jurisprudencia, observaciones y recomendaciones de los “treaty bodies” y otros organismos de derechos humanos a la que se suele hacer referencia, en su abrumadora mayoría no indiquen que la protección de los derechos de los pueblos indígenas tiene el carácter de “customary international law”. Las principales excepciones a esto serían, por un lado, la declaración formulada por la CIDH en su demanda al Estado de Nicaragua en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*<sup>86</sup> y, por otro, las afirmaciones generales que al respecto realizó James Anaya cuando se desempeñaba como Relator Especial. Sin embargo, vale recordar que, en el primer caso, dicha tesis no fue avalada por la Corte IDH en su decisión final -y, de hecho, no lo ha realizado en las sucesivas sentencias que, desde entonces, ha dictado en materia de derechos de propiedad indígena<sup>87</sup>-; en el segundo, sencillamente Anaya se limita a afirmar como Relator Especial, lo que desde hace años venía sosteniendo como académico<sup>88</sup>. Fuera de ello, lo más cercano a un juicio de este tipo ocurrió cuando, en *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH estimó que “the obligation to consult, in addition to being a treaty-based provision, is also a general principle of international law”<sup>89</sup>.

Finalmente, en lo referente a la existencia de una “práctica estatal” generalmente aceptada como derecho, se pueden identificar dos enfoques. El primero, que ha sido utilizado por Anaya, se basa en que “la comunicación explícita entre actores constituye un tipo de práctica que da lugar al surgimiento de normas consuetudinarias, incluso sin estar vinculada a acontecimientos concretos”<sup>90</sup>. Bajo esta premisa, comienza a hacer un recuento de una serie de manifestaciones -en el sentido amplio de la palabra- de distintos actores -grupos de expertos, entidades financieras internacionales, estados, órganos de tratado, etc.- en torno a la necesidad de protección de los derechos de los pueblos indígenas<sup>91</sup>, hasta concluir que este “entendimiento compartido que existe en torno a los derechos de los pueblos indígenas (...) puede caracterizarse como derecho consuetudinario internacional”<sup>92</sup>.

Como puede observarse, dentro de este enfoque, *todo* puede ser práctica estatal: los estudios, discusiones y preparaciones de declaraciones y convenios, una directiva del Banco Mundial, declaraciones de estados sobre iniciativas domésticas, una demanda de un órgano de tratado, etc. No hay distinciones entre el diverso “peso” que estas fuentes materiales de la costumbre pudiesen tener, ni explicación de qué forma cada una de

tion of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012, p. 233.

<sup>85</sup> INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *North Sea Continental Shelf*. I.C.J. Reports 1969, p. 43.

<sup>86</sup> Reproducidas en INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations and Costs)*. 31 August 2001, para. 140.

<sup>87</sup> Véase sobre estas sentencias, LÓPEZ, Sebastián. *Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana*. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol 24, N°1, pp. 133-189, 2017, p. 133.

<sup>88</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 102-132.

<sup>89</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (Merits and Reparations)*. 27 June 2012, para. 164.

<sup>90</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 124.

<sup>91</sup> Desde la “práctica de elaboración de normas”, como las llevadas a cabo por el *UN Working Group on Indigenous Populations* y el *UN Working Group on the Draft Declaration on the rights of indigenous peoples*, conferencias de especialistas, la redacción y adopción de la ILO N° 169, el propio *Draft* de la Declaración, la adopción de la Directiva Operativa 4.20 del Banco Mundial, demandas de la Corte IDH, diversas resoluciones de conferencias de Naciones Unidas, del Parlamento Europeo y de la Organización de Estados Americanos (OEA), hasta “declaraciones orales y escritas de los gobiernos informando sobre las iniciativas adoptadas en el plano interno ante los organismos internacionales”. ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 106-131.

<sup>92</sup> ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005, p. 131.

ellas responderían a alguno de los elementos constitutivos de la costumbre. Como señaló críticamente Fernando Tesón: “The implication is that this repetition (by anyone -speakers, nongovernmental organizations, resolutions of academic conferences) turns the principle into a norm of customary law”<sup>93</sup>.

El otro enfoque, consiste en tratar de “anclar” su aserción en prácticas estatales concretas. Tómese por ejemplo el clásico trabajo -anterior a la DNUDPI- de Siegfried Wiessner. Para este autor, entre los diversos derechos que se habrían cristalizado en derecho consuetudinario internacional, se encontraría el que los pueblos indígenas “are, in principle, entitled to demarcation, ownership, development, control, and use of the lands which they have traditionally owned or otherwise occupied and used”<sup>94</sup>.

La revisión de la práctica estatal que efectúa, sin embargo, no permite apoyar dicha conclusión. En primer lugar, la muestra de países es escasa y -como notó Xanthaki- “overlooks the practices regarding indigenous peoples of states beyond the Americas, Australia and New Zealand”<sup>95</sup>; asimismo, la propia práctica descrita de los países revisados no es, en lo absoluto, uniforme, ni general, ni constante en torno a los mencionados derechos territoriales<sup>96</sup>; finalmente, tampoco se explica de qué forma dichas prácticas se harían en función de una regla de derecho internacional de carácter consuetudinario.

Dado lo no conclusivo que parecen las prácticas descritas, Wiessner termina recurriendo al desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas llevados a cabo en la OIT, ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA) -en estos dos últimos casos, en razón de los “drafts” de la DNUDPI y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADPI)-, además del Banco Mundial<sup>97</sup>. Luego, sin un análisis ulterior respecto a la posibilidad que tiene un tratado -en esa época ratificado por diez estados- de constituir derecho consuetudinario, cómo los “drafts” de las futuras declaraciones de la ONU y la OEA pudiesen ser evidencia de *opinio iuris*, o qué papel juega el Banco Mundial en la conformación de la costumbre, llega a afirmar que:

Today, many of these proposed or actual prescriptions, coinciding, as they do, with domestic state practice as documented above, have created a new set of shared expectations about the legal status and rights of indigenous people that has matured and crystallized into customary international law<sup>98</sup>.

Es, se ve, un movimiento similar al efectuado por la generalidad de los autores: agrupar distintas fuentes en un todo informe, de manera que dé la apariencia de una práctica relevante que responde a una necesidad jurídica. Empero, la práctica estatal, si se considera a nivel internacional, en realidad es poco frecuente y altamente heterogénea y, cuando existe, por lo general no obedece a la creencia de los estados en una regla o principio consuetudinario de derecho internacional, sino que a imperativos de orden doméstico -como el “Aboriginal Title” o “Native Title” desarrollado en ciertos países del “common law”- o al cumplimiento de tratados internacionales específicos -como la CADH o el Convenio N°169<sup>99</sup>.

<sup>93</sup> TESÓN, Fernando. Fake Custom. In: LEPARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 92 y 93.

<sup>94</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, p. 109.

<sup>95</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>96</sup> Aun cuando diversas legislaciones en América Latina contengan algún tipo de protección respecto de tierras ocupadas o en propiedad de indígenas, a la época del estudio de Wiessner -y según la propia descripción que él realiza de estos países-, ni Colombia, ni Perú, ni Chile, ni Ecuador, ni Bolivia tenía alguna práctica semejante a la que él señala como costumbre internacional. Tal vez lo más semejante que se pudiese encontrar, sería la práctica del “*Aboriginal o Native Title*”, desarrollado en países del *Common Law* (Australia, Nueva Zelanda y Canadá). Sin embargo, ello no es tan claro si se considera lo relevado por Gilbert: “Whilst the common law theory supports the idea that some of the pre-existing land rights might have ‘survived’ colonization, the extremely high burden of proof put on the indigenous communities to prove the existence of such right to land, coupled with the extreme fragility of the such a right makes indigenous peoples victims of a legal system which does not recognize their full and natural rights to their lands and territories”. GILBERT, Jeremy. *Indigenous Peoples’ Land Rights under International Law. From victims to Actors*. Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016, p. 103.

<sup>97</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, pp. 100-109.

<sup>98</sup> WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999, p. 109.

<sup>99</sup> Para un examen acucioso de la práctica estatal, véase KORMAN, Seth. *Indigenous Ancestral Lands and Customary Interna-*

Por todo lo anterior, todavía parece pertinente la opinión formulada por Xanthaki hace algunos años, en el sentido que “viewing the Declaration or substantial parts of it as customary international law may be rather premature”<sup>100</sup>.

### 3.3 El CLPI como derecho consuetudinario internacional

No obstante lo anterior, y como lo demuestra el propio análisis crítico ya efectuado, durante los diez años siguientes a la adopción de la Declaración, diversos autores han realizado afirmaciones en el sentido de afirmar el carácter de costumbre internacional de algunos derechos contenidos en la DNUDPI, sea a manera de referencia general<sup>101</sup>, sea predicándolo de derechos específicos -y, ello, no solo de aquellos ya considerados anteriormente, como el derecho propiedad sobre las tierras tradicionalmente ocupadas, sino también de otros derechos, como de restitución de las tierras tomadas sin su consentimiento<sup>102</sup>, la libre determinación<sup>103</sup> o el derecho a consulta<sup>104</sup>. En esta línea, también el CLPI se ha entendido como formando parte del derecho consuetudinario internacional; como ha expresado Fitzmaurice:

It can be argued, however, the right to prior, informed consent is part and parcel of customary international law, and therefore has to be implemented by States. The present author is of the view that this right has become indeed a norm of customary international law<sup>105</sup>.

De entre quienes sostienen esta última posición, ha sido Cathal M. Doyle quien la ha desarrollado de manera más extensa en su libro *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. Por ende, y tal como se anunció desde el inicio del trabajo, a continuación procederé a analizar sus argumentos.

#### 3.3.1 El CLPI como “norma emergente de derecho internacional”

Una primera cuestión que es interesante notar, es que Doyle es cauteloso en sus afirmaciones respecto al carácter de “customary international law” que pudiese tener el CLPI. De hecho, al comienzo de su análisis de la Declaración, prefiere no detenerse en esa discusión, limitándose a adoptar la perspectiva de que la naturaleza normativa de la DNUDPI provee a los pueblos indígenas con una oportunidad para invocar sus disposiciones, independiente de su naturaleza jurídica<sup>106</sup>. Asimismo, Doyle evade cuidadosamente la utilización del concepto “customary” cuando se detiene en el estatus del CLPI en el derecho internacional.

tional Law. *University of Hawaii Law Review*. Vol. 32, N°391 pp. 391-462, 2010, pp. 407-442.

<sup>100</sup> XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*, Vol 10, N°1, 2009, p. 36.

<sup>101</sup> Por ejemplo, recientemente ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*. Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 185.

<sup>102</sup> Aunque, en este caso, como norma “emergente” de derechos internacional: “To the extent the right to restitution has not crystallized into international customary norm, it would appear that such a right is emerging”. ROMBOUITS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017, p. 199.

<sup>103</sup> REHMAN, Javid. Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US “War on terror” and the Jihad of Osama Bin Laden. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 561.

<sup>104</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012, p. 51. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017. p. 51. Se puede agregar que, de forma previa a la Declaración, Anaya ya había sostenido el carácter de “customary law” de “the norm of consultation”. Anaya, James. Indigenous Peoples’ Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*. Vol 22, N°1, pp. 7-17, 2005, p. 7.

<sup>105</sup> FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012, p. 260.

<sup>106</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 102 y 103.

Con todo, al momento de presentar la cuestión a abordar, su metodología y la conclusión, lo hace dentro de los marcos de la doctrina de la costumbre internacional:

When considering the status of FPIC as an emerging international norm, three factors can be examined: (a) *opinio iuris*; (b) State practice; and (c) recognition by highly influential non-state actors including international organizations, the extractive industry and the financial sector (...) To these three traditional criteria, a fourth criterion has to be added in the context of FPIC, namely the recognition which indigenous peoples have afforded to the requirement and the measures which they are taking to implement it in practice<sup>107</sup>.

Luego, ya en el capítulo final de su libro, concluye:

In the light of these and other developments over the last decade, we appear to be witnessing the crystallization of the norm of FPIC at the international level<sup>108</sup>.

Pues bien, como es sabido, conceptos como “emerging international norm”, “*opinio iuris*”, “State practice” y “crystallization” remiten invariablemente a la doctrina del derecho consuetudinario internacional. ¿Por qué, entonces, omite tratar directamente la cuestión como costumbre internacional?

Ya habiendo revisado arriba las dificultades que presenta la pretensión de que ciertos derechos presentes en la Declaración tienen el estatus de “customary law”, la ausencia de dicha denominación en la postura de Doyle podría explicarse como un intento de “flexibilizar” los requisitos para considerar a un determinado derecho como norma de derecho internacional, aun cuando ello implique salirse de las fuentes formales del Derecho Internacional Público establecidas en el art. 38<sup>o</sup>1 del Estatuto de la CIJ. Ello es coherente con el hecho de que, para determinar si el consentimiento ha logrado emerger como norma internacional, a los dos elementos clásicos de la costumbre -práctica y *opinio iuris*- le suma un tercero -i.e., el reconocimiento por influyentes actores no estatales- y hasta un cuarto “factor”: “the recognition which indigenous peoples have afforded to the requirement and the measures which they are taking to implement it in practice”<sup>109</sup>.

Pero, sea como fuere, al igual que como se hizo en el análisis de Áhrén, el examen de la teoría de Doyle no se basará en su mera desavenencia con las doctrinas clásicas del derecho internacional, sino que se hará operando en lo posible dentro de esta noción de “norma emergente de derecho internacional” que postula, revisando principalmente la consistencia interna de sus argumentos.

Pues bien, dentro de este marco interpretativo en donde se requiere el cumplimiento de cuatro elementos para entender que se ha “cristalizado” el CLPI como norma de derecho internacional, Doyle señala que los dos últimos criterios -cuales eran, el reconocimiento por parte de actores no estatales y de los propios pueblos indígenas- se encontrarían ampliamente cumplidos.

Por una parte, el relativo al reconocimiento por actores no estatales, pues tanto organizaciones internacionales -e.g., el Banco Mundial a través de su brazo del sector privado, la International Finance Corporation (IFC) y sus Performance Standards<sup>110</sup>-, como organizaciones de la industria extractiva -e.g., el International Council for Minerals and Metales (ICMM) con su Position Statement<sup>111</sup>- estarían, a través de diversas iniciativas, “leapfrogging many States in their engagement with the requirement”<sup>112</sup>. Por otra, el referente al reconocimiento por los pueblos indígenas, se entendería cumplido por cuanto una revisión de las declaraciones y prácticas de estos actores, confirmaría el estatus del CLPI como un elemento fundamental para la protección de sus derechos<sup>113</sup>.

Respecto a los dos requisitos tradicionales de la costumbre, el autor neozelandés hace un balance dispar. Así, por una parte, Doyle no se demora señalar la actual falta de práctica por parte de los estados, apuntando

<sup>107</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>108</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 248.

<sup>109</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 194.

<sup>110</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 201-216.

<sup>111</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 224-236.

<sup>112</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 194.

<sup>113</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, pp. 265-278.

que solo un número relativamente pequeño de estos han otorgado, o están considerando otorgar, algún tipo de reconocimiento al requisito del consentimiento<sup>114</sup>. Por otra, en lo que concierne a la *opinio iuris*, Doyle asume que la extensa jurisprudencia de los órganos de derechos humanos a nivel internacional y regional permitiría entender que este criterio ya se habría cumplido o estaría *ad portas* de hacerlo<sup>115</sup>. En esta última aserción es en la que me gustaría detenerme.

### 3.3.1.1 *Opinio iuris* y jurisprudencia de órganos de tratado

Doyle basa su argumento sobre el cumplimiento de la *opinio iuris*, en “[t]he extensive body of human rights jurisprudence at the international and regional levels”<sup>116</sup>. A estas alturas, debiesen ser claras todas las debilidades que puede tener una afirmación como la anterior, y que tienen que ver con las características que tienen las observaciones y decisiones de estos órganos para servir evidencia de *opinio iuris*.

Con todo, quisiera ir un poco más allá de esta dificultad, y -según adelantaba unos párrafos atrás- mostrar cómo, en este caso, las debilidades de la tesis de Doyle tienen que ver con la falta de consistencia interna que se encuentra en las propias decisiones y recomendaciones de los órganos de tratado. Veámoslo.

Al momento de explicar la naturaleza del consentimiento y usando un lenguaje similar al de Raquel Iri-goyen, el propio Doyle reconoce que:

Prior to 2007, human rights treaty bodies frequently limited their recommendations to the requirement to ‘seek’ consent, without necessarily making reference to the requirement to respect its outcome (...) following the adoption of the UNDRIP, all three treaty bodies which are most engaged with indigenous people rights have, in general, been consistent in their usage of unambiguous language which affirms not only a requirement to ‘seek’ consent but also to guarantee that consent is obtained or secured<sup>117</sup>.

Sin embargo, de una revisión de las observaciones o decisiones de estos y otros órganos de tratados, la narrativa no pareciera ser tan coherente como se muestra; en otras palabras, incluso a nivel de “jurisprudencia” de estos órganos, todavía no se habría internalizado la necesidad de obtener el consentimiento como “requisito”. Por ejemplo, refiriéndose a los informes del CERD, señala que el énfasis de este órgano en requerir el consentimiento es evidente, entre otros, en sus observaciones finales a los estados, citando a pie de página informes sobre tres países: Ecuador, Rusia y Filipinas. De un examen de estas observaciones, se puede apreciar que mientras en el caso de Ecuador el CERD sí da entender que el Estado debe obtener el CPLI como requisito<sup>118</sup>, en el de Rusia habla de “seek the free informed consent of indigenous communities”<sup>119</sup> y en el de Filipinas solamente urge al estado a “to consult with all concerned parties”<sup>120</sup>.

Algo similar ocurre con los dictámenes de órganos regionales de derechos humanos como la Corte IDH y la CADHP. Antes ya he indicado que ambos organismos dictaron sendas decisiones señalando que “the State has a duty not only to consult with the community, but also to obtain their free, prior, and informed

<sup>114</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 248, pp. 194-201.

<sup>115</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>116</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 193.

<sup>117</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 131.

<sup>118</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Ecuador. CERD/C/EQU/CO/19. 22 September 2008, para. 16.

<sup>119</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Russian Federation. CERD/C/RUS/CO/19. 20 August 2008, para. 24.

<sup>120</sup> COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Philippines. CERD/C/PHL/CO/20. 23 September 2009, para. 25.

consent, according to their customs and traditions”<sup>121</sup>. La Corte IDH, en *Saramaka v. Surinam*, el 2007<sup>122</sup>; la CADHP, en *Endorois v. Kenya*, el 2009<sup>123</sup>.

Sin embargo, en las decisiones que siguieron -sea del mismo organismo, u otro del mismo sistema- dicha tesis no ha vuelto a ser afirmada. En efecto, como repara el mismo Doyle, en *Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte IDH “it remained silent on consent as a required outcome”<sup>124</sup>. Una parte de la doctrina intentó explicar dicho silencio argumentando que la Corte IDH podría haber considerado innecesario pronunciarse sobre el CLPI, toda vez que Ecuador ni siquiera había cumplido con la obligación preliminar de consulta<sup>125</sup> -esto, aunque esa misma situación aconteció en *Saramaka* y ella no fue óbice para que la Corte fallase como lo hizo-. Sea como fuere, en las sentencias siguientes<sup>126</sup> -incluida *Pueblos Kalia y Lokono vs. Surinam*<sup>127</sup>, en donde el Estado demandado era el mismo condenado en *Saramaka*-, la Corte IDH mantuvo la postura de no hacer referencia alguna al “consentimiento”.

Asimismo, en el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el caso de los Ogieks, a pesar de que CADHP en su demanda contra Kenya había solicitado que se le reconociera a los miembros de este pueblo su derecho a consulta y/o “the right to give or withhold their free, prior and informed consent”, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos si bien acogió la demanda, resolvió la violación del art. 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos refiriéndose solamente al derecho a consulta y no al CLPI -ello, a pesar que se trataba de un caso de relocalización<sup>128</sup>-.

En suma, si bien efectivamente existen informes y jurisprudencia de órganos de tratado internacionales y regionales que indican que sí se requiere el “consentimiento como requisito”, esta línea no es, en lo absoluto, consistente.

Pero el problema central con este tipo de prácticas es que es difícil que lo sean. Y es que -al igual que con la práctica estatal- si *todo* es evidencia de *opinio iuris*, entonces *nada lo es*. Es decir, si un informe de observaciones de un órgano de tratado sobre un país determinado vale lo mismo que una “recomendación general” de ese u otro organismo, o que lo dispuesto en un tratado, o que la práctica consistente de un Estado, para demostrar que existe conciencia de estar actuando de acuerdo a una obligación jurídica, dada variabilidad de posiciones que existen entre todas estas fuentes, la declaración de que existe este elemento “espiritual” tiende caer “cherry picking”. Y, si esto es así, bastará traer a colación todos otros aquellos informes de ese mismo órgano sobre países en donde se apartó de la línea escogida, para entender que no es posible inferir de aquel primer informe la conciencia de estar actuando acorde a un deber jurídico.

<sup>121</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, para. 291.

<sup>122</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Saramaka v. Surinam Case* (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007, para. 134.

<sup>123</sup> AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009, párr. 291.

<sup>124</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 129.

<sup>125</sup> ROMBOUITS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014, p. 296.

<sup>126</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de Octubre 2015, párr. 215-224; y INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de Octubre de 2015, párr. 158-182.

<sup>127</sup> INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Kalia y Lokono Peoples v. Suriname* (Merits, Reparations and Costs). 25 November 2015, para- 204-212.

<sup>128</sup> “In the instant case, the Court recalls that the Ogieks have been continuously evicted from the Mau Forest by the Respondent, without being effectively consulted”. AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES’ RIGHTS. African Commission on Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya. 26 May 2017, para. 210.

### 3.3.1.2 La naturaleza del consentimiento en el art. 32 de la DNUDPI

La necesidad que tiene Doyle de encontrar un consenso -o cierta uniformidad, al menos- en torno a una noción fuerte del consentimiento en el ámbito internacional, lo lleva de igual forma a complejizar en demasía la lectura que hace del art. 32Nº2 de la Declaración para intentar ver en él una figura cercana a lo que él denomina la dimensión “sustantiva” del consentimiento, esto es, que los pueblos indígenas pueden aprobar o rechazar, o aprobar con condiciones, un proyecto o actividad<sup>129</sup> -lo que he denominado acá, el consentimiento como “requisito”-. Pero este conato tampoco se sostiene argumentativamente, como espero mostrar a continuación.

El art. 32Nº2, según se ha visto ya, señala:

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.

Pues bien, a partir de los propios términos en que está redactado el artículo, pareciera claro que se trata de un caso de consentimiento como “finalidad” y no como “requisito”; de hecho, como ya se ha mostrado, su redacción no difiere mayormente de lo dispuesto por el art. 6Nº2 del Convenio Nº169 y es exactamente igual a la del art. 19 de la DNUDPI, dos artículos paradigmáticos en lo que al consentimiento como “finalidad” se refiere. Por otro lado, se aleja sustancialmente de los términos del artículo 16Nº2 de la ILO 169 y de los artículos 10y 29Nº2 de la Declaración, todos los cuales dan cuenta de casos de consentimiento como “requisito”. Coherentemente, Doyle reconoce que los términos en que está redactado el requerimiento de consentimiento del art. 32.2 hacen que sea “less definitive than that of Articles 10 and 29(2)” y que dicho artículo “identifies obtaining FPIC as the purpose of good faith consultations”; por ende, uno pudiese suponer que el autor reconocería que no estamos ante un caso de consentimiento como “requisito”.

Empero, en vez de concluir esto, Doyle argumenta que una combinación de análisis textual, el contexto de la DNUDPI y su “drafting history”, permitiría afirmar que, respecto de este artículo, la decisión de los pueblos indígenas de no otorgar el consentimiento debiese ser respetada, salvo circunstancias excepcionales<sup>130</sup>; en otras palabras, vendría a modificar su naturaleza, convirtiéndole en un caso -un tanto ecléctico, es verdad- de “consentimiento como requisito”. El problema es que, utilizando los mismos parámetros que sugiere Doyle, el argumento no cierra.

Respecto del elemento textual, Doyle entra a diferenciar entre las consultas hechas “con el propósito de buscar el consentimiento” y las consultas “con el propósito de obtener el consentimiento”<sup>131</sup>, para sostener que estas últimas “rather than framing consent as a mere objective of consultation (...) requires that consent shall be obtained in all but the most exceptional circumstances”<sup>132</sup>. Con ello, sorprendentemente, Doyle introduce una distinción que si bien apareció en las discusiones de la DNUDPI<sup>133</sup>, no se encuentra en ninguna de sus disposiciones ni las del Convenio Nº169 -en otras palabras, en ninguna parte se habla de consultas efectuadas con el propósito de “buscar el consentimiento” (“seeking consent”)-.

Ahora bien, al parecer lo que quiso hacer Doyle era diferenciar las consultas establecidas en el Convenio Nº169 -que, según él, serían meramente procesales- de las contenidas en la DNUDPI -que, en cambio, requerirían como regla general el consentimiento en temas de industrias extractivas-. Pero esta distinción no se justifica por sí misma, y el autor no hace ningún esfuerzo por explicar de dónde construye la diferencia

<sup>129</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 141.

<sup>130</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 144.

<sup>131</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 144.

<sup>132</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 145.

<sup>133</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 111.

conceptual y normativa que existiría entre las consultas realizadas “con la finalidad de (...) lograr el consentimiento” (Art. 6Nº2, Convenio N°169) y las consultas efectuadas “a fin de obtener su consentimiento libre e informado” (art. 32Nº2), como para permitir transformar este último derecho en uno en donde “consent shall be obtained in all but the most exceptional circumstances”<sup>134</sup>.

Junto a ello, se debe señalar que ni el contexto de la Declaración como un todo, ni la “draft history” sustentan esta línea de interpretación. Por una parte, como se ha explicado ya arriba, una lectura de los términos de los restantes artículos de la DNUDPI que se refieren al CLPI da cuenta que el consentimiento como “requisito” operaría de forma excepcional -ante acciones que suponen un impacto de gran magnitud-, y no como regla general en el caso de proyectos extractivos en territorio indígena -que es lo que, al fin y al cabo, trata de sostener Doyle-. Por otra parte, no debe olvidarse que, mientras la redacción original del art. 32Nº2 -contenida en el art. 30 del “draft” de la DNUDPI- sí establecía un derecho de los pueblos indígenas “to require that States obtain their free and informed consent prior”<sup>135</sup>, dicho texto fue modificado en las negociaciones ulteriores hasta quedar en la redacción ya revisada, en donde -vale reiterarlo una vez más- el deber del Estado es consultar “a fin de obtener su consentimiento libre e informado”. Como ha señalado Barelli:

The expression ‘consult in order to obtain’ found in the final version of Articles 19 and 32 should not be interpreted as imposing upon States an absolute obligation to obtain the consent of Indigenous peoples before implementing a measure or Project affecting them. Had this been the case, the original version of the two Articles, which *de facto* recognised for Indigenous peoples a general right to veto would have been preserved<sup>136</sup>.

En función de lo explicado, la pretensión de Doyle de que “while some grey areas may remain (...) it is nonetheless reasonable to conclude that under international human rights law the requirement for FPIC always applies in the context of large-scale, and indeed small-scale, extractive projects”<sup>137</sup>, no puede sostenerse consistentemente ni en las decisiones o recomendaciones que a nivel internacional y regional han efectuado diversos órganos de derechos humanos, ni en lo dispuesto por la DNUDPI.

### 3.3.1.3 La costumbre internacional sin práctica estatal ni *opinio iuris*

Recapitemos. Bajo la teoría de Doyle, para que el CLPI pudiese alcanzar el estatus de “emerging norm of international law”, debía cumplir con cuatro “factores”: (a) *opinio iuris*; (b) práctica estatal; (c) reconocimiento por autores no estatales y (d) reconocimiento por los pueblos indígenas. De estos, según el recuento del autor, aun cuando la práctica estatal actualmente sería relativamente pequeña, el primero y los dos últimos criterios se encontrarían cumplidos.

Lo visto en los apartados precedentes, muestra cómo aquel estándar referido a la *opinio iuris* no puede entenderse cumplido, y ello no solo por lo difícil que es construir argumentativamente el elemento “espiritual” a partir de las características de las fuentes utilizadas por Doyle -i.e., “[t]he extensive body of human rights jurisprudence at the international and regional levels”-, sino porque ellas mismas no permiten sustentar un discurso relativamente consistente en torno a la obligación del CLPI. Y si esto es así, entonces la postura de Doyle no puede ser jurídicamente sostenida, ni siquiera bajo sus propios parámetros.

<sup>134</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 111.

<sup>135</sup> Art. 30: “Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands, territories and other resources, including the right to require that States obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands, territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. Pursuant to agreement with the indigenous peoples concerned, just and fair compensation shall be provided for any such activities and measures taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact”. SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. E/CN.4/SUB.2/RES/1994/45.

<sup>136</sup> BARELLI, Mauro. Free, Prior and Informed Consent in the UNDRIP. In: HOHMANN, Jessie & WELER, Marc (Ed.). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 245-269, p. 253.

<sup>137</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 159.

## 4 A modo de conclusión ¿Hacia un derecho internacional sin Estado?

En un contexto de crecientes disputas políticas y legales sobre el significado del CLPI, el objetivo propuesto por el presente artículo fue investigar dos cuestiones particulares relativas a este derecho, sobre las que actualmente no hay claridad. Por un lado, la posibilidad de que este se erigiera como “regla general” en algunos casos -de tal manera que no se requiriese una afectación de magnitud para “gatillar” el deber estatal de obtener el consentimiento-; y, por otro, que hubiese alcanzado el estatus de costumbre internacional o, más bien, de norma emergente de derecho internacional -lo que posibilitaría recurrir a este derecho aun cuando los estados no hubiesen consentido a ello-.

Para lograr este cometido, se examinaron las teorías de dos prominentes autores sobre cada uno de estos temas -Mattias Åhrén y Cathal Doyle, respectivamente-, determinándose que ninguna de ellas resultaba jurídicamente plausible, pues una mirada más de cerca a sus métodos y argumentos develaban graves inconsistencias.

Con todo, hay algo que sí es menester relevar a propósito de esos argumentos, y es que ambos autores construyen sus análisis basándose principalmente en una lectura expansiva -y, se puede decir ahora, *inconsistente*- de los instrumentos, jurisprudencia, observaciones y documentos internacionales de derechos humanos. Con ello, parece claro, se produce una brecha cada vez mayor entre un DIDH en permanente evolución -o, quizás, “evasión”- y una esfera estatal que es la finalmente encargada de resguardar y aplicar dichos derechos.

Esto, que es evidente en sus dos posturas, se ha vuelto estándar en el tipo de argumentaciones en el campo jurisprudencial y dogmático de los derechos humanos, especialmente de la Corte IDH. Puede ser que, como escribió Åhrén:

(...) is not only acceptable, but indeed expected, that international human rights courts and other international institutions interpret human treaties in manners that correspond to developments within international law and evolved understanding of justice in general<sup>138</sup>.

Pero, no debe olvidarse, este tipo de discursos tiene costos. Y uno de ellos -como lo evidencia, por ejemplo, la falta de cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en *Saramaka*<sup>139</sup>- es que, en la práctica, los altos estándares concebidos nunca se implementen.

Después de todo, si finalmente los derechos no se cumplen, uno debiese poner en cuestión la relativa conveniencia de persistir en este tipo de hermenéutica. Para estos efectos, la “conveniencia” viene dada por si el método interpretativo es eficaz para lograr la protección de los derechos de los pueblos indígenas; así, un método interpretativo será conveniente de utilizar si es que permite proteger eficazmente los derechos humanos y, al contrario, no solo será si no es eficaz en el logro de ese objetivo. En este sentido, se debe recordar que:

Hacer un derecho humano más “efectivo” no significa necesariamente atribuirle un sentido más amplio. Significa hacer que el goce de ese derecho sea una realidad, y eso puede requerir definir el contenido positivo del derecho de una manera que facilite su implementación en un determinado momento histórico dentro de una región particular. En algunas ocasiones esto puede sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o categórica, mientras que en otras por una interpretación más a medida<sup>140</sup>.

Vistos los resultados del método de interpretación dominante actualmente en el discurso actual de derechos humanos -de la que los autores revisados en este artículo son un buen ejemplo-, me parece que postular alternativas a esta hermenéutica es un camino que vale la pena explorar.

<sup>138</sup> DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015, p. 75.

<sup>139</sup> Ver CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2018. Sobre la resistencia que en general está provocando actualmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ver CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 44, N°2, pp. 179-237.

<sup>140</sup> NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*. Vol. 19, N°1, pp. 101-123, 2008, p. 115.

## Referencias

AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya. Communication N°276/03.15 November 2009.

AFRICAN COURT ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya. 26 May 2017.

ÁHRÉN, Mattias. *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ALLEN, Stephen. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and the Limits of the International Legal Project. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 226-256.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the U.S. 1987.

ANAYA, James. Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Indigenous Peoples Have in Lands and Resources. *Arizona Journal of International & Comparative Law*. Vol 22, N°1, pp. 7-17, 2005.

ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005.

ANAYA, James & WIESSNER, Siegfried. The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: Towards Re-empowerment' *Jurist*. 2007. Disponible en: <<http://www.jurist.org/forum/2007/10/un-declaration-on-rights-of-indigenous.php>>. Visitado el 21 dic. 2017.

ANAYA, James & PUIG, Sergio. Mitigating state sovereignty: The duty to consult with indigenous peoples. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 67, N°4, 435-464, 2017.

BARELLI, Mauro. The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 58, oct. 2009, Vol. 58, pp. 957-983, oct. 2009.

BARELLI, Mauro. *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. New York: Routledge, 2016.

BARELLI, Mauro. Free, Prior and Informed Consent in the UNDRIP. In: HOHMANN, Jessie & WELLER, Marc (Ed.). *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 245-269.

COMMITTEE ON ECONOMIC SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. General comment No. 21. Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). E/C.12/GC/21.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples. A/52/18, annex V.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Ecuador. CERD/C/ECU/CO/19. 22 September 2008.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Canada. CERD/C/CAN/CO/19-20. 4 April 2012.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Russian Federation. CERD/C/RUS/CO/19. 20 August 2008.

COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION. Consideration of reports submitted by States parties under article 9 of the Convention. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Philippines. CERD/C/PHL/CO/20. 23 September 2009.

CONTESSÉ, Jorge. Resisting the Inter-American Human Rights System. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 44, N°2, pp. 179-237.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-769/09, de 29 de octubre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2018.

DAVIS, Megan. To Bind or Not to Bind: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Five Years On. *Australian International Law Journal*, Vol. 3, pp. 17-48, 2012.

DOYLE, Cathal. *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*. New York: Routledge, 2015.

EXPERT MECHANISM ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES (EMRIP). Concept Note. Issues for consideration in the preparation of a study on the theme of free, prior and informed consent, as comprised in the Declaration on the rights of Indigenous Peoples (UNDRIP). Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FPIC/StudyConceptNote.pdf>. Visitado el: 24 de feb. 2018.

FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho-matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 9, N°2, pp. 513-535, ago, 2019.

FITZMAURICE, Malgosia. Tensions between States and Indigenous People over Natural Resources in Light of the 1989 ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries and the 2007 UN Declaration of the Rights of Indigenous Peoples (including Relevant National Legislation and Case-Law). *The Yearbook of Polar Law*. Vol 4, N°1, 227-260, 2012.

GILBERT, Jérémie. *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From victims to Actors*, Second Revised Edition. Netherlands: Brill Nijhoff, 2016.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. Angela Poma Poma v. Perú. Communication No. 1457/2006. CCPR/C/95/D/1457/2006. 24 April 2009.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 July 2009.

HUMAN RIGHTS COUNCIL. Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples. A/HRC/24/41. 1 July 2013.

INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Indigenous and Tribal Peoples' Rights over their Ancestral Lands and Natural Resources. Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 56/09. 30 December 2009.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (Merits, Reparations and Costs). 31 August 2001

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Saramaka v. Surinam Case (Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs). Judgment of November 28, 2007.

- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (Merits and Reparations). 27 June 2012.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 8 de Octubre 2015.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros v. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas). 8 de Octubre de 2015.
- INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Case of the Kaliña y Lokono Peoples v. Suriname (Merits, Reparations and Costs). 25 November 2015.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf. I.C.J. Reports 1969.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Continental Shelf (Libya v. Malta). ICJ Report 1985.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. Advisory Opinion. ICJ Reports 1996.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Interim Report on a Commentary on the Declaration of the Rights of Indigenous Peoples. *Victoria University of Wellington Legal Research Papers*. N°50, 2012. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=2175897>>. Visitado el: 17 nov. 2017.
- KORMAN, Seth. Indigenous Ancestral Lands and Customary International Law. *University of Hawaii Law Review*, Hawaii, Vol. 32, N°391 pp. 391-462. 2010.
- LARSEN, Peter. Contextualising ratification and implementation: a critical appraisal of ILO Convention 169 from a social justice perspective. *The International Journal of Human Rights*, 2019. Disponible en: DOI: 10.1080/13642987.2019.1677613. Visitado el: 23 dic. 2019.
- LEPARD, Brian. *Customary International Law. A new theory with practical applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- LÓPEZ, Sebastián. Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol 24, N°1, pp. 133-189, 2017.
- MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seventh Revised Edition. New York: Routledge, 1997.
- NEUMAN, Gerald. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*. Vol. 19, N°1, pp. 101-123, 2008.
- PASTOR, José Antonio. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 2da edición ampliada y revisada. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- REHMAN, Javaid. Between the Devil and the Deep Blue Sea: Indigenous Peoples as the Pawns in the US “War on terror” and the Jihad of Osama Bin Laden. In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011.
- ROMBOUTS, Sebastiaan. *Having a Say. Indigenous Peoples, International Law and Free, Prior and Informed Consent*. Nymegen: Wolf Legal Publishers, 2014.
- ROMBOUTS, Sebastiaan. The Evolution of Indigenous Peoples’ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes. *Stanford Journal of International Law*, Vol. 53, N°2, pp. 169 - 224, 2017.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries. In: FEICHTNER, Isabel, KRAJEWSKI, Markus & ROESCH, Ricarda (Eds.). *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*. Switzerland: Springer, 2019, pp. 311-337.

SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES. Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. E/CN.4/SUB.2/RES/1994/45.

TESÓN Fernando. Fake Custom. In: LEPARD, Brian (Ed.). *Reexamining Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 93.

TOKI, Valmaine. Indigenous Rights - Hollow Rights. *Waikato Law Review*. Vol. 29, N°2, pp. 29-43, 2011.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Rights of indigenous peoples. Note by the Secretary-General. A/68/317. 14 August 2013.

VIOYAKIS, Emmanuel. Voting in the General Assembly as Evidence of Customary International Law? In: ALLEN, Stephen & XANTHAKI, Alexandra (Ed.). *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*. Oxford: Hart Publishing, 2011. pp. 209-223.

WIESSNER, Siegfried. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 12, pp. 57-128, 1999.

XANTHAKI, Alexandra. Indigenous Rights in International Law over the Last 10 Years and Future Developments. *Melbourne Journal of International Law*. Vol 10, N°1, 2009.

YRIGOYEN, Raquel. De la tutela a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento. *El Otro Derecho*, N°40, pp. 11-53, 2009.

## Agradecimientos

Este trabajo comenzó a desarrollarse en el Curso de Lecturas II del Doctorado en Derecho de la Universidad Diego Portales. Agradezco principalmente a la Profesora Judith Schönsteiner, que dirigió dicho curso, así como a los profesores Felipe González, Héctor Hernández y Tomás Vial por sus comentarios a distintas versiones del texto acá presentado. Por supuesto, los errores que contenga el presente manuscrito son de mi absoluta responsabilidad.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.