

# Los derechos de los pueblos indígenas\*



S. James Anaya

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Instrumentos internacionales sobre los Pueblos Indígenas. 3. Interpretaciones autorizadas de los tratados y Declaraciones de derechos humanos de aplicación general. 4. Emergencia de Derecho Internacional consuetudinario. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Los pueblos o poblaciones indígenas, en gran medida como resultado de su propio trabajo activo en el ámbito internacional, se han transformado, ahora, en sujetos distintos de interés en el marco de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de otras instituciones internacionales'. Mientras que la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece superada todavía, se han convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente usados en asociación con un conjunto de cuestiones y de gente a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos.

La designación de grupos diferenciados como indígenas tiene sus orígenes en los patrones de la construcción del imperio europeo y de su asentamiento colonial, que se produjo desde el siglo xvi en adelante. Aquéllos que ya habitaban las tierras invadidas y que fueron sometidos a las fuerzas de opresión son conocidos como nativos, aborígenes o indígenas. Tal designación se ha continuado aplicando para hacer referencia a aquella gente que, en virtud del lugar y de las condiciones, comenzaron a encontrar alteraciones en sus vidas con el colonialismo. En nuestros días, el término indígenas se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros.

\* Traducción del original en inglés por Mikel Berraondo.

<sup>1</sup> Para una discusión detallada de las medidas adoptadas por instituciones internacionales y regionales concernientes a los pueblos indígenas, véase Russel Lawrence BARSH: «Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 7, 1994, p. 33.

Los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista. Las diversas comunidades indias supervivientes de América, los Inuit y Aleut del Artico, los pueblos aborígenes de Australia, los Maori de Nueva Zelanda, los pueblos tribales de Asia y Africa y otros grupos similares, son considerados generalmente como indígenas. Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran ancladas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que viven en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral<sup>1</sup>.

En el mundo contemporáneo, los pueblos indígenas existen, característicamente, bajo condiciones de desventajas severas en relación a otros pueblos, alrededor de los cuales se han construido los Estados. Han sido privados de grandes parcelas de tierras, del acceso a los recursos necesarios para sostener sus vidas, y han sufrido históricamente la supresión de sus instituciones políticas y culturales por la fuerza. Como resultado, los pueblos indígenas han sido mutilados económica y socialmente; la cohesión, como comunidades diferentes, ha sido dañada o amenazada; y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Tanto en países industrializados como menos desarrollados donde viven pueblos indígenas, los sectores indígenas se encuentran casi de manera invariable en el escalafón más bajo de los indicadores socioeconómicos y existen al margen del poder.

En contra de tremendas adversidades, los pueblos indígenas han procurado prosperar como comunidades diferenciadas en sus tierras tradicionales y han intentado transformar los patrones históricos de la colonización. En conjunto, con esfuerzos en el ámbito doméstico, los pueblos indígenas han apelado a la comunidad internacional y al Derecho internacional, principalmente a través de su régimen de derechos humanos, para avanzar en su causa. Difícilmente puede discutirse que a través de sus esfuerzos, durante las últimas tres décadas especialmente, los pueblos indígenas han sido capaces de generar una simpatía sustancial hacia sus demandas entre los actores internacionales.

<sup>2</sup> Cfr. Nota de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Sra. Erica-Irene Daes, sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (1995).

Esto se puede comprobar a través del desarrollo de varias cuestiones concretas que se basan sobre principios de aplicación general de derechos humanos, previamente articulados, y sobre la matriz de instituciones internacionales de derechos humanos existentes.

Un momento clave en la actividad internacional fue la Resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 1971, que autorizó a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas (llamada actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) la realización de un estudio sobre «El Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas». El voluminoso resultado del trabajo del Relator Especial José Martínez Cobo compiló extensamente información sobre los pueblos indígenas de todo el mundo y realizó una serie de conclusiones y recomendaciones que apoyaban, de manera general, las demandas de los pueblos indígenas<sup>3</sup>. El estudio de Martínez Cobo promovió la realización de múltiples actividades acerca de los pueblos indígenas entre las Naciones Unidas y sus instituciones regionales y afiliadas. Como consecuencia de la atención que se les ha prestado, a través de todo el sistema internacional de derechos humanos, los pueblos indígenas son, ahora, sujetos de instituciones y programas especialmente creados para ellos, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas<sup>4</sup>,

Vid. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Add. 1-4 (1986) (José Martínez Cobo, relator especial). El estudio contiene la siguiente definición:

«Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales, y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales».

*Ibid.*, Add.4, párrafo 379 (1986).

<sup>4</sup> Véase Comisión de Derechos Humanos, Res. 1982/19 (10 de marzo 1982); E.S.R. Res. 1982/3 (7 de mayo de 1982). Estas resoluciones establecen el Grupo de Trabajo como un órgano dependiente de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas —actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos— con el mandato de revisar los desarrollos que se produzcan respecto a los pueblos indígenas y de desarrollar normas internacionales relevantes. El Grupo de Trabajo, que permite una amplia participación de los pueblos indígenas en sus reuniones anuales de una semana de duración, se ha convertido en un importante punto de encuentro para los pueblos indígenas para expresar sus preocupaciones y en un punto focal importante de las actividades de la ONU en la materia.

el Relator Especial de la ONU sobre «La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas»<sup>5</sup> y el recientemente creado Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas<sup>6</sup>.

Las energías institucionales que se han dedicado a las preocupaciones de los pueblos indígenas, durante el transcurso de varios años, han dado forma —y continúan dándole— a un cuerpo innovador de normas y prácticas internacionales sobre la materia<sup>7</sup>. El resto de este capítulo habla sobre los documentos escritos, decisiones y otros desarrollos de mayor interés que abarcan estas normas y que reflejan el consenso internacional creciente respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Consenso que puede ser entendido como el origen de principios de Derecho internacional consuetudinario, el cual establece obligaciones para los Estados en función de sus obligaciones de carácter convencional.

<sup>5</sup> Establecido por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su Resolución 2001/57 (24 de abril de 2001).

<sup>6</sup> El Foro Permanente fue creado con un mandato de asesorar y hacer recomendaciones al Consejo Económico y Social específicamente sobre «asuntos indígenas», y de promover el conocimiento y la integración de las actividades relativas a estos asuntos dentro del sistema de las Naciones Unidas. Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social (28 de julio de 2000). Además, ocho de los dieciséis miembros que integran el Foro Permanente en calidad de expertos indígenas son nombrados por el Presidente del Consejo en consulta con organizaciones indígenas, *ibid.* párr. 1, y de hecho los ocho actualmente nombrados son personas que han ocupado puestos de liderazgo en organizaciones o pueblos indígenas. La definición de las funciones particulares del Foro Permanente dentro de su mandato general todavía está en sus etapas iniciales de desarrollo. No obstante, es evidente que el Foro Permanente conducirá a la creación de procedimientos especializados que permitirán cada vez mayor acceso de los pueblos indígenas al sistema internacional, implicando mayores niveles de conocimiento técnico y de recursos oficiales para garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo de sus derechos. Más de 900 personas representando pueblos indígenas de todo el mundo asistieron a la primera sesión del Foro Permanente en 2002, y se les dio la oportunidad de discutir sus preocupaciones y planteamientos públicamente en la sede de las Naciones Unidas con una amplia gama de representantes de agencias internacionales y de gobiernos. Nota de prensa de ONU: *El Foro Permanente sobre cuestiones indígenas concluye su histórica primera sesión; el Secretario General afirma que los pueblos indígenas del mundo tienen un hogar en la ONU*, HR/4602 (24 de mayo, 2002).

Véase de manera general S. James ANAVA: *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996; Patrick THORNBERRY: *Indigenous Peoples and Human Rights*, Juris Publishing, 2002; Siegfried WIESSNER: «The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Perspective and International Legal Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 57.

## 2. Instrumentos internacionales sobre los Pueblos Indígenas

### 2.1. Convenio N.º 169 de la OIT

En términos del Derecho Internacional ya establecido, el desarrollo más concreto que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo<sup>8</sup>. Este tratado internacional, adoptado y abierto para las ratificaciones por la OIT en 1989, es el sucesor del Convenio anterior de la OIT sobre las Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957<sup>9</sup>, que fue desarrollado por la OIT como resultado de una serie de estudios y de reuniones de expertos que señalaron la particular vulnerabilidad de los trabajadores indígenas<sup>10</sup>. El nuevo Convenio N.º 169 de la OIT representa un marcado despegue en las políticas comunitarias mundiales, sobre la filosofía reflejada en el convenio anterior, que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias. Este paradigmático cambio de dirección, incorporado por el Convenio N.º 169, se indica en el preámbulo, el cual reconoce «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven». Sobre esta premisa, el Convenio incluye disposiciones avanzando en la integridad cultural indígena, en los derechos sobre la tierra y los recursos y en la no discriminación en la esfera del bienestar social; y, en general, exige a los Estados que respeten las aspiraciones indígenas en todas las decisiones que les afecten.

Lo más importante es que el Convenio N.º 169 reconoce los derechos colectivos de los «pueblos» indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales", el derecho a ser consultados como

<sup>8</sup> *Convenio (n.º 169) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 27 de junio de 1989, XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (fecha de entrada en vigor: el 5 de septiembre de 1991).

<sup>9</sup> Convenio (núm. 107) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, 26 de junio de 1957, XL Conferencia Internacional del Trabajo, 328 U.N.T.S. 247 (fecha de entrada en vigor: 2 de junio de 1959)

<sup>10</sup> Para analizar una historia de la actividad de la OIT en relación con la adopción de la Convención N.º 107, véase Hurst HANNUM: «New Developments in Indigenous Rights», *Virginia Law Review*, Vol. 28, 1988, pp. 649, 652-53.

<sup>11</sup> Convención de la OIT N.º 169, *supra*, art. 14.

grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas<sup>12</sup>, y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres<sup>13</sup>. Con estas afirmaciones de derechos colectivos, el Convenio realiza una substancial innovación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual ha sido articulado de otra manera en los instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva. En el Convenio se incluyó una cláusula de salvaguardia, en relación al uso del término «pueblos», para eliminar cualquier implicación con el derecho a la autodeterminación, ya que, según otros instrumentos internacionales, «todos los pueblos» tienen capacidad para ejercer tal derecho". En el momento en que se adoptó el Convenio, en 1989, la cuestión de si los pueblos indígenas tenían o no el derecho a la autodeterminación —un derecho universalmente reclamado por los pueblos indígenas en sus discursos internacionales— seguía siendo una cuestión especialmente controvertida.

La Oficina Internacional del Trabajo (la Secretaría de la OIT) ha adoptado la posición según la cual el lenguaje matizado del Convenio en torno al uso del término «pueblos... no limita el significado del término, en ningún caso y de ninguna manera» sino que, por el contrario, constituye simplemente un medio para dejar en manos de los procedimientos de Naciones Unidas la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término<sup>15</sup>. En cualquier caso, el lenguaje matizado de ninguna manera socava la naturaleza colectiva de los derechos que se afirman en la Convención.

Aun así, en parte por el uso matizado del término *pueblos*, y porque algunos partidarios de los grupos indígenas vieron que el Convenio no iba suficientemente lejos en la afirmación de los derechos indígenas, algunos representantes de los pueblos indígenas expresaron, conjuntamente, a la OIT su insatisfacción con el nuevo Convenio antes de su adopción. Pero desde que se adoptó el Convenio N.º 169 de la OIT, en 1989, las organizaciones de los pueblos indígenas y sus representantes han adoptado paulatinamente una visión pragmática y han expresado su apoyo para que sea ratificado. Las organizaciones de pueblos indígenas de América Latina han sido especialmente activas en

presionar para que sea ratificado, de tal manera que ahora la mayoría de los países en aquella región son partes del Convenio, conjuntamente con los países nórdicos, en donde existen poblaciones indígenas Saami e Inuit<sup>16</sup>.

En algunos países que han ratificado el Convenio N.º 169, los grupos indígenas están invocando las normas del Convenio en los procedimientos internos o en los del sistema de la OIT con algunos éxitos en sus esfuerzos por aumentar las reparaciones de sus situaciones problemáticas. En Colombia, por ejemplo, los esfuerzos del pueblo U'wa para resistir a la explotación petrolífera en sus tierras tradicionales les llevó hasta la Corte Constitucional Colombiana, cuya decisión, subrayando substancialmente la Convención de la OIT N.º 169, encontró que la licencia que había otorgado el Gobierno a la empresa Occidental Petroleum para explotar el petróleo en la zona U'wa era inválida porque no se había producido una consulta adecuada con el pueblo U'wa". En consecuencia, el Gobierno otorgó a la Occidental una licencia diferente para explotar el petróleo fuera de la zona U'wa, pero dentro de tierras ancestrales que todavía usaban los U'wa. Después de que la Occidental procediese a la explotación del petróleo respetando la segunda licencia, una organización de trabajadores de Colombia, representando al pueblo U'wa, presentó la cuestión a la OIT, amparándose en el procedimiento autorizado del artículo 24 de la Constitución de la OIT para examinar «reclamaciones» que aleguen violaciones de las Convenciones de la OIT<sup>18</sup>. El Comité de expertos de la OIT, que se convocó para examinar la queja, encontró una falta de cumplimiento del mandato del Convenio en relación con la realización de consultas en las dos licencias de explotación y recomendó la adopción de medidas para remediarlo<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> En el momento de este escrito, los miembros del Convenio son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela.

Corte Constitucional Colombiana, decisión SU-039 de 3 de febrero de 1997.

<sup>18</sup> Para una descripción del procedimiento del artículo 24 y de otros procedimientos de la OIT para aumentar el cumplimiento de las Convenciones de la OIT, véase Lee SWEPSTON: «Human Rights Complaint Procedures of the International Labour Organization,» en Hurst HANNUM (Ed.): *Guide to International Human Rights Practice*, University of Pennsylvania Press, 1992, p. 99.

<sup>19</sup> Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989 (núm. 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), GB. 282/14/4 (noviembre de 2001).

<sup>12</sup> *Ibid.* Art 6(1)(a).

<sup>13</sup> *Ibid.* Art 8 (2).

<sup>14</sup> E.g., artículo común 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

<sup>15</sup> Afirmación realizada por Lee Swepston, de la Organización Internacional del Trabajo, al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, el 31 de julio de 1989.

## 2.2. *Hacia las Declaraciones de la ONU y la OEA sobre derechos de los pueblos indígenas*

Como ya se ha sugerido anteriormente, el Convenio N.º 169 de la OIT forma parte de un extenso cuerpo de desarrollos normativos internacionales sobre los pueblos indígenas. Del resto de este cuerpo de desarrollos, los más prominentes son los esfuerzos que se están llevando a cabo en el marco de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos para desarrollar Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas que sean adoptadas por los órganos principales de estas instituciones.

Un borrador de una Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>20</sup> ha sido elaborado y adoptado por los cinco miembros del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, que forma parte de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Representantes de los pueblos indígenas de todo el mundo participaron activamente durante los años de deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo, que comenzaron en los primeros años de la década de los 80, y dieron como resultado el borrador de la Declaración sobre los derechos indígenas. El proyecto de Declaración se encuentra actualmente en discusión en el órgano inter-gubernamental del que depende la Subcomisión, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la cual estableció en 1995 su propio grupo de trabajo para analizar el proyecto.

La atención de las Naciones Unidas sobre cuestiones indígenas durante las décadas de los 80 y 90 produjo iniciativas en otras instituciones internacionales, entre las que se incluyen el Convenio N.º 169 de la OIT y la iniciativa de la OEA para desarrollar su propia Declaración sobre la cuestión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, siendo autorizada en 1989 por la Asamblea General de la OEA para desarrollar un «instrumento jurídico» sobre los grupos indígenas, adoptó en 1996 un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>21</sup>. Este proyecto de Declaración se encuentra siendo

<sup>20</sup> El Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como se acordó por los miembros del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas en su duodécima sesión, en Ginebra en julio de 1993; fue adoptada por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994, U.N. Doc. E/CN.4/1995/21, E/CN.4/Sub.2/1994/56, 105 (1994).

<sup>21</sup> *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, febrero de 1997, en: CIDH, Informe Anual de 1997, OEA/Ser.L/V/II.95.doc.7, rev. 1997. (propuesto por la Co-

considerado por un grupo de trabajo creado especialmente para ello desde el Comité Jurídico y Político del Consejo Permanente de la OEA, y representantes de los pueblos indígenas han participado activamente, al lado de los representantes de los Estados, en este grupo de trabajo.

Los proyectos de la ONU y de la OEA que están siendo considerados son similares en términos del ámbito y de la difusión y en la naturaleza de los derechos afirmados. Como el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, los dos borradores abarcan una filosofía, que en contraste con el pensamiento dominante de épocas anteriores, valora la integridad de las comunidades indígenas y sus culturas. En ambos textos se identifican, dentro de los sujetos especiales de atención para los Estados en donde habitan y para la comunidad internacional, tanto grupos indígenas como individuos. Además, como el Convenio de la OIT, el borrador de la ONU y el texto de la OEA presuponen que los pueblos indígenas existirán como partes de los Estados que se han construido alrededor de ellos, pero con unos derechos de grupo fuertes, entre los cuales se incluyen derechos referentes a la tierra y los recursos naturales, la cultura y la autonomía de las autoridades en la toma de decisiones. El proyecto de la ONU y el texto de la OEA son más extensos que el Convenio N.º 169 de la OIT en su articulación de estos derechos. El texto de la ONU es el que más lejos apunta, llegando hasta el reconocimiento de «un derecho de autodeterminación» para todos los pueblos indígenas<sup>22</sup>.

La prolongada atención internacional a la articulación de los derechos de los pueblos indígenas ha reforzado el núcleo de la opinión internacional común sobre el contenido de esos derechos que fueron la base para el Convenio N.º 169 de la OIT. Un núcleo de opinión común, sustancialmente determinado por las demandas contemporáneas de los pueblos indígenas, mantenidas durante años de interrogantes oficiales sobre la materia. Desde que el Convenio N.º 169 fue adoptado en 1989, los comentarios de los gobiernos, dirigidos hacia el desarrollo de las Declaraciones de la ONU y de la OEA sobre derechos indígenas, han afirmado generalmente los preceptos básicos establecidos en el Convenio; y, efectivamente, a pesar de los continuos contenciosos entre los pueblos indígenas y los Estados sobre el lenguaje de las Declaraciones

misión Interamericana de Derechos Humanos). Este proyecto fue una revisión de un proyecto anterior, que la Comisión Interamericana publicó en septiembre de 1995. Véase OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995).

<sup>22</sup> Véase *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra*, art.3.

y sobre una mayor extensión de ciertas disposiciones de las Declaraciones, los comentarios de los gobiernos indican un movimiento hacia un consenso, más cercano que nunca, en torno a las demandas de los pueblos indígenas.

Se puede apreciar este movimiento en las discusiones sobre la disposición que articula el derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas del texto del proyecto de la ONU. Como se ha indicado anteriormente, los Estados se han resistido a reconocer a los grupos indígenas como «pueblos» titulares del derecho a la autodeterminación. Esta resistencia se debe, fundamentalmente, al resultado de una inclinación a igualar la autodeterminación con el derecho de secesión o a formar un Estado independiente, aun cuando los pueblos indígenas en la articulación de sus demandas sobre la autodeterminación han rechazado, casi de manera universal, las aspiraciones a un Estado independiente, contemplando la autodeterminación, en su lugar, como la base para asegurar una existencia digna como grupos diferenciados en el contexto de las fronteras estatales existentes. Cada vez son más los gobiernos que están abandonando la percepción de que la autodeterminación lleva aparejada la posibilidad del establecimiento de un Estado independiente, y están expresando un deseo de incluir en la Declaración de la ONU algún tipo de reconocimiento para la autodeterminación indígena. El Gobierno australiano marcó esta tendencia en su intervención en la novena sesión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, en 1991, donde expresó su «esperanza» de que fuera posible encontrar una forma aceptable de referirse a la autodeterminación en la Declaración:

«Los acontecimientos en todas partes del mundo muestran que el concepto de autodeterminación debe considerarse en términos amplios, es decir, no sólo como la consecución de la independencia nacional. Los pueblos buscan afirmar sus identidades, mantener sus lenguas, culturas y tradiciones y lograr una mayor autogestión y autonomía, libre de interferencias indebidas del Gobierno central»

Esta opinión sobre la autodeterminación está dominando, cada vez más, la discusión del Grupo de Trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que se estableció para analizar la Declaración sobre los derechos indígenas. Resumiendo la discusión sobre la autodeterminación que se produjo entre los numerosos Estados participantes

<sup>23</sup> Australian Government Delegation, *Speaking Notes on Self-Determination*, p. 2 (24 de julio de 1991).

en la sesión del Grupo de Trabajo de la Comisión de 1999, el delegado de Guatemala observó que ningún Estado ha rechazado expresamente la inclusión de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas en la Declaración<sup>24</sup>. El Presidente del Grupo de Trabajo concluyó en la misma sesión sobre la discusión que «... en general los participantes están de acuerdo en que el derecho a la autodeterminación fue la piedra angular del proyecto de Declaración»<sup>25</sup>. Además, fue más allá al identificar «... un amplio acuerdo» sobre el hecho de que «... el derecho a la autodeterminación no podría ser ejercitado en detrimento de la independencia e integridad territorial de los Estados», y observó que el apoyo que muestran los Estados para el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas se hace asumiendo que este derecho no implica en ningún caso el derecho a la secesión<sup>26</sup>. Este movimiento hacia el consenso sobre la autodeterminación indígena resulta emblemático desde los efectos que las discusiones sobre las Declaraciones de la ONU y de la OEA están provocando en la construcción de normas internacionales concernientes a los pueblos indígenas, incluso antes de que se hayan adoptado dichas Declaraciones.

### 2.3. Disposiciones sobre pueblos indígenas en otros instrumentos internacionales

Instrumentos internacionales ya adoptados, además del Convenio N.º 169, reflejan y contribuyen al desarrollo de un consenso internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional ratificado por casi la totalidad de los Estados del mundo, dice en su artículo 30:

«En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma»<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Informe sobre la sesión del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Declaración sobre pueblos indígenas de 1999, E/CN.4/2000/84. párr. 73.

<sup>25</sup> *Id.* párr.82.

<sup>26</sup> *Id.* párr. 83.

<sup>27</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, annex, 44 U.N.GAOR Supp. (No. 49) en U.N. Doc. A/44/49, 1989, p. 167, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en 1992 también incluyen provisiones sobre los pueblos indígenas y sus comunidades. La Declaración de Río<sup>28</sup>, y el, más detallado, Programa y Declaración política sobre el medio ambiente, conocido como Agenda 21<sup>29</sup>, reiteran preceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas e intentan incorporarlos dentro de agendas más amplias sobre el ambientalismo global y el desarrollo sostenible<sup>30</sup>. En la misma línea, el artículo 8 (j) del Convenio sobre Biodiversidad afirma el valor del conocimiento tradicional indígena en relación con la conservación, el desarrollo sostenible y los regímenes de propiedad intelectual<sup>31</sup>; las resoluciones de Conferencias posteriores convocadas por las Naciones Unidas —la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de 1995, y la Conferencia Mundial en Contra del Racismo de 2001— incluyen de modo similar partes sobre pueblos indígenas que, de alguna manera, reafirman asunciones normativas dominantes a este respecto<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, principio 22, A/CONF.151/26 (Vol.I) Anexo 1(1992).

<sup>29</sup> *Programa 21*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, A/CONF.151/26 (vols.1, 2 y 3), Anexo 11 (1992).

<sup>30</sup> Especialmente pertinente es el Capítulo 26 del Programa 21, *id.*, vol. 3, p. 16. El Capítulo 26 está redactado en términos no vinculantes; sin embargo, incorpora los preceptos normativos concernientes a los pueblos indígenas y por ello contribuye a la cristalización del consenso sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Capítulo 26 enfatiza la «relación histórica con sus tierras» de los pueblos indígenas y aboga por esfuerzos internacionales y nacionales para «reconocer, promover, y fortalecer» el papel de los pueblos indígenas en actividades de desarrollo. *Id.*, art. 26.1.

<sup>31</sup> Convenio Sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio 1992. UNCED.1992. UNEP.Bio.Div./CONF. L2.1992, art. 8(j).

<sup>32</sup> *Ver Declaración y Programa de Acción de Viena*, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23 (1993); Programa de Acción, cap. VI.D, párrafos 6.21-6.27, adoptado por la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, (El Cairo 5 a 13 de septiembre de 1994, ST/ESA/SER.A/149, O.N.U. N.º de venta E.95.XI11.7 (1995); *Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social*, compromiso 6(g), programa de acción párrs. 31(f), 35(e), 38(g), adoptado en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6-12 Marzo, 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 34-37; *Declaración de Beijing*, párrs. 32, 230, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing, 4-5 Septiembre. 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 41, 43; *Declaración de Durban*, párrs. 22-24, 39-45, y programa de acción, párrs. 15-23, 203-09, adoptada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia (Durban, Africa del Sur, 31 de agosto-8 de septiembre, 2002).

En su resolución de 1989 sobre «la Situación de los Indios», el Parlamento Europeo expresó su preocupación sobre las condiciones a las que se enfrentaban los pueblos indígenas y reclamó a los gobiernos que aseguraran los derechos sobre las tierras indígenas y la necesidad de consultar con los grupos indígenas para desarrollar medidas específicas en protección de sus derechos<sup>33</sup>. Procediendo sobre éstas y otras cuestiones, el Parlamento Europeo adoptó otra resolución en 1994 sobre las «Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar efectiva protección a los pueblos indígenas»<sup>34</sup>. La resolución de 1994 mantiene que los pueblos indígenas tienen el «derecho a determinar su propio destino eligiendo sus instituciones, su status político y el de su territorio»<sup>35</sup>. La Comisión de la Unión Europea, el órgano ejecutivo de la Unión, emitió en 1998 un «Documento de Trabajo de apoyo a los pueblos indígenas en el desarrollo de la cooperación de la Comunidad y sus Estados miembros», vinculando explícitamente los programas de cooperación externa de la Unión Europea con tales conceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>36</sup>.

Se debe notar que, desde el punto de vista de los representantes de pueblos indígenas que participaron en estas Conferencias, las disposiciones de estas resoluciones no han dado un reconocimiento suficiente a los derechos de los pueblos indígenas. La falta de satisfacción de los representantes indígenas fue particularmente notable en la Conferencia de Durban. Ver *Press Release: Protest of Indigenous Peoples must be taken seriously: World Conference must withdraw discriminating articles from final resolution*, issued by the Society for Threatened Peoples on Sept. 4, 2001 (disponible en [www.gfbv-e/media/indigenous.htm](http://www.gfbv-e/media/indigenous.htm)). Sin embargo, no se debe perder de vista que la Declaración de Durban, cualquiera que sean sus debilidades, incluye, de manera similar a las resoluciones de las otras conferencias, disposiciones que refuerzan las tendencias normativas reflejadas en el Convenio N.º 169 y los proyectos de Declaración de las Naciones Unidas y de la OEA.

<sup>33</sup> Resolución sobre la Situación de los Indios, Parlamento Europeo, 1989, reimpresa en *Examen de los Acontecimientos Relativos a la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1989/3, p. 8 (1989).

<sup>34</sup> Resolución sobre las Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar protección efectiva a los pueblos indígenas, 9 de febrero de 1994, Parlamento Europeo, Eur. Par. Doc. PV 58(11)(1994).

<sup>35</sup> *Id.*, párrafo 2. (Texto citado traducido del inglés.)

<sup>36</sup> Documento de trabajo de la Comisión, de mayo de 1998, sobre el apoyo a los pueblos indígenas en la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros, SEC (98) 773 final.; Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1998 sobre los pueblos indígenas en el marco de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros (el Consejo ya había solicitado a la Comisión el 11 de junio la elaboración de un documento político que ésta presentó 11 meses después y en el que se desarrollan los procedimientos para implementar el documento de la Comisión); Letra d) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 975/1999 del Consejo y letra d) del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 976/1999 del Consejo.

Subrayando de manera más general la necesidad subyacente de una atención y cooperación internacional para asegurar a los pueblos indígenas el completo ejercicio de sus derechos, podemos hacer referencia a los documentos siguientes: la resolución de 1972 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que identifica pautas de discriminación de los pueblos indígenas y declara que «la protección especial de las poblaciones indígenas constituye (...) un sagrado compromiso de los Estados»<sup>37</sup>; el Documento de Helsinki de 1992 —*El Desafío del Cambio*—, adoptado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que incluye la siguiente disposición «[o]bservando que las personas pertenecientes a poblaciones indígenas pueden tener especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos»<sup>38</sup>; partes de la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptado en 1993 por la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos urgen a una mayor atención sobre los asuntos de los pueblos indígenas dentro del sistema de Naciones Unidas<sup>39</sup>; la Carta de la Sociedad Civil para la Comunidad del Caribe, en la cual los Estados caribeños reconocen la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y se comprometen a proteger sus derechos históricos (...), cultura y modo de vida<sup>40</sup>, y la Carta Democrática Interamericana de la OEA, de 2001, que vincula la promoción de los derechos de los pueblos indígenas con el fortalecimiento de la democracia<sup>41</sup>.

Siguiendo en el mismo hilo normativo, en 1991 el Banco Mundial adoptó un cambio de política en atención al papel omnipresente que el Banco desempeña en la financiación de los proyectos de desarrollo en los países menos desarrollados, donde viven la mayor parte de los pueblos indígenas del mundo<sup>42</sup>. La mayor parte de la discusión, dentro de las instituciones internacionales sobre los pueblos indígenas, se ha con-

<sup>37</sup> Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de diciembre de 1972, OEA/Ser.P,AG/doc.305/73, rev. 1, pp. 90-91 (1973).

<sup>38</sup> Documento de Helsinki de 1992, *El Desafío de Cambio*, 10 de julio de 1992, párrafo 6(29), reimpresso en *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas*, 47.º período de sesiones, p. 65, A/47/361 (1992).

<sup>39</sup> *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, A/CONF.157/23 (1993).

<sup>40</sup> *Charter of Civil Society for the Caribbean Community*, firmada el 9 de febrero de 1997 en St. John's, Antigua y Barbados.

<sup>41</sup> *Carta Democrática Interamericana*, AG/doc.8 (XXVIII-E/01), 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

<sup>42</sup> Véase, en general, Shelton DAVIS & William PARTRIDGE: «Promoting the Development of Indigenous Peoples in Latin America», *Finance and Development*, 1994, pp. 38-39.

centrado, no sólo en los potenciales beneficios de los programas de desarrollo dirigidos específicamente a los pueblos indígenas, sino también en los efectos perjudiciales de muchos proyectos de desarrollo industrial que han tenido lugar en áreas tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas<sup>43</sup>. El Banco Mundial adoptó la Directiva Operacional 4.20 tras un periodo de estudio por parte de expertos, que contribuyó a reconfigurar las actitudes dentro del propio Banco hacia mayores acciones programáticas relativas a pueblos indígenas afectados por programas financiados por el Banco, acciones que fueran en sintonía con las tendencias contemporáneas sobre la concepción de sus derechos<sup>44</sup>.

### 3. Interpretaciones autorizadas de los tratados y Declaraciones de derechos humanos de aplicación general

Aparte de los desarrollos mencionados anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas pueden verse como parte del Derecho internacional, sobre la base de disposiciones relevantes de tratados sobre derechos

<sup>43</sup> Véase Julian BURGER: *Report from the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples*, Zed Books, London, 1987, pp. 1-5 (discusión del impacto de proyectos de desarrollo sobre tierras indígenas, especialmente en partes del mundo en vías de desarrollo).

<sup>44</sup> Una discusión de las dinámicas que condujeron a la adopción de la Directiva Operacional 4.20 del Banco Mundial se encuentra en Michael CERNEA: *Sociologist in a Development Agency: Experiences from the World Bank*, pp. 19-21 (Departamento de Medio Ambiente del Banco Mundial, mayo de 1993, Washington, D.C.). Las siguientes disposiciones de la Directiva Operacional 4.20 indican su impulso esencial:

6. El objetivo general del Banco en relación con los pueblos indígenas, y al igual que con todos los pueblos de los países miembros, es asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural...

8. La política del Banco es que la estrategia para tratar los asuntos referidos a pueblos indígenas debe estar basada en la *participación informada* de los propios pueblos indígenas. De esta manera la identificación de las preferencias locales a través de la consulta directa, la incorporación del conocimiento indígena en los enfoques de los proyectos y la utilización de especialistas desde una etapa inicial son actividades centrales para cualquier proyecto que involucre a los pueblos indígenas y sus derechos sobre recursos naturales y económicos (la cursiva es nuestra).

En el momento de escribir estas líneas, el Banco tenía bajo consideración una revisión de su Directiva Operacional 4.20. Es evidente que las discusiones sobre esta revisión están siendo influidas por las tendencias normativas aquí identificadas. Ver *Summary of Consultations with External Stakeholders Regarding the World Bank Indigenous Peoples Policy (Draft PO/BP 4.10), Internal Report*, April 18, 2002 (available at [www.bicusa.org/policy/indigenouspeoples](http://www.bicusa.org/policy/indigenouspeoples)). Para una perspectiva crítica sobre este proceso de revisión, ver Fergus MCKAY: «Universal Rights or a Universe into Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples», *American University Law Review*, Vol. 17, 2003, p. 527.



humanos, ampliamente ratificados, y otros instrumentos de aplicación general. Aun cuando estos instrumentos no hacen referencia expresa a los pueblos indígenas, instituciones internacionales relevantes, dotadas de autoridad competente, han interpretado estos instrumentos de acuerdo a la aceptación que prevalece actualmente sobre los pueblos indígenas y sus derechos.

### 3.1. *Tratados de las Naciones Unidas*

El derecho a la autodeterminación se afirma como un derecho de todos los pueblos en el artículo primero común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ampliamente ratificados ambos. En reiteradas ocasiones los pueblos indígenas han invocado ese artículo 1 como la base de sus reclamaciones. Aun cuando el significado y el alcance de este artículo ha sido fuertemente debatido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que se encarga de las labores de supervisión del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha juzgado a favor de su aplicación en beneficio de los pueblos indígenas. El Comité ha interpretado que el artículo 1 del Pacto se aplica a los pueblos indígenas de la manera en que ha prevalecido la cuestión en las discusiones sobre la disposición correspondiente a la autodeterminación del proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU. Comentando el informe relativo al Pacto de Canadá de 1999, el Comité afirmó que el derecho a la autodeterminación, establecido en el artículo 1, protege a los pueblos indígenas, *inter alia*, en el disfrute de sus derechos sobre las tierras tradicionales, y recomendó que, en relación con los pueblos aborígenes de Canadá, «la práctica de extinguir derechos aborígenes inherentes sea abandonada, al ser incompatible con el artículo 1 del Pacto»<sup>45</sup>. El Comité ha invocado, también, el artículo 1 al examinar informes de Australia y Noruega en sus referencias a los pueblos indígenas. Además, regularmente examina las situaciones de los pueblos indígenas en las revisiones periódicas de los informes emitidos por los Estados partes del Pacto, aplicando sus criterios sobre las implicaciones del derecho general a la autodeterminación pero, a menudo, sin hacer referencias específicas al artículo 1<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Conclusiones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Canadá, 07/04/99, CCPR/C/79/Add.105, párr. 8.

<sup>46</sup> Ver, e.g., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América. 03/10/95. CCPR/C/79/Add. 50 (criticando las leyes estadounidenses que permiten la extinción de derechos aborígenes y recomendando una revisión judicial del reconocimiento del Congreso relacionado con los pueblos indígenas y sus derechos).

El Comité de Derechos Humanos se ha apoyado, con más frecuencia, en el artículo 27 del Pacto para pronunciarse sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>47</sup>. El artículo 27 del Pacto afirma que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se denegará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma». En su Comentario General sobre el artículo 27, el Comité utilizó esta disposición para establecer obligaciones positivas para los Estados en relación a los pueblos indígenas en particular, e interpretó el artículo 27 de tal forma que incluía en él todos los aspectos de la supervivencia de los grupos indígenas como culturas diferenciadas, entendiendo que dentro de la cultura se incluyen tanto las instituciones políticas y económicas como las normas de uso de la tierra o las prácticas lingüísticas y religiosas<sup>48</sup>. Esta interpretación del artículo 27 se ha visto confirmada mediante la aceptación de quejas enviadas por los representantes de los grupos indígenas ante el Comité conforme al Primer Protocolo Facultativo del Pacto.

En el caso de *Ominayak, Jefe de la Banda de los Cree, del Lago Lubicon c. Canadá*, el Comité de Derechos Humanos determinó que Canadá había violado el artículo 27 por haber permitido al Gobierno provincial de Alberta que concediese contratos para explotaciones de petróleo, de gas y de madera en el territorio ancestral de la Banda del Lago Lubicon<sup>49</sup>. El Comité encontró que las actividades de desarrollo de los recursos naturales suponen injusticias históricas para las formas de vida y la cultura de la Banda del Lago Lubicon, y constituyen

<sup>47</sup> Esto ha sido especialmente así en relación con las consideraciones de las quejas individuales establecido bajo el procedimiento del Protocolo Adicional al Convenio. Protocolo Adicional al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. El Comité ha determinado que, debido a que su jurisdicción bajo el Protocolo Adicional es la de considerar quejas de «individuos», no es competente para admitir quejas que aleguen violaciones del artículo 1 sobre la autodeterminación, el cual es un derecho de los «pueblos». Ver *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, U.N. GAOR, 45<sup>th</sup> Sess. Supp. N.º 40, vol. 2, at 1, U.N. Doc. A/45/40, *van Kitok v. Suecia*, Comunicación N.º 197/1985 (2 Diciembre 1985), CCPR/C/33/D/197/1985; *R.L. et al. v. Canada*, Comunicación No. 358/1989, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/358/1989 (1991); *Länsman et al. v. Finlandia*, Comunicación N.º 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

<sup>48</sup> ICCPR Comentario General 23 (Cincuentava sesión, 1994) *Artículo 27: Los derechos de las minorías*, A/49/40 vol. 1 (1994) 107 en párr. 7.

<sup>49</sup> Comunicación N.º 167/1984, Hum. Rts. Comm. A/45/40, Vol. II, annex IV.A, párr. 32.2.

una violación del artículo 27 mientras se continúe con el desarrollo de tales actividades<sup>50</sup>. El Comité ha encontrado también que las religiones indígenas y las tradiciones culturales están protegidas por los artículos 17 y 23 del Pacto, que afirman los derechos a la vida privada y a la integridad de la familia. En un caso sobre comunidades indígenas en Tahití, el Comité determinó que estos artículos fueron violados por Francia cuando su autoridad territorial permitió la construcción de un complejo hotelero sobre el territorio de un cementerio ancestral indígena<sup>57</sup>. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA ha invocado, de manera similar, disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente su artículo 27, al examinar situaciones relacionadas con los derechos humanos de grupos indígenas<sup>52</sup>.

Otro tratado internacional relevante es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Al

<sup>50</sup> *Id.* en párr. 33. Ver también *Länsmann y otros v. Finlandia*, Comunicación N.º 511/1992, Hum. Rts. Comm., CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) (*Länsmann 1*) (La ganadería de renos como parte de la cultura Sami, fue protegida por el artículo 27); *J.E. Länsmann v. Finlandia*, Comunicación N.º 671/1995, CCPR/C/58/D/671/1995, párrs. 2.1-2.4, 10.1-10.5 (*Länsmann II*) (La ganadería de renos de los Sami, en ciertas tierras se protegió bajo el artículo 27, a pesar de las disputas sobre la propiedad de las tierras; no obstante el artículo 27 no es violado en este caso); *Kitok v. Suecia*, Comunicación N.º 197/1985, Hum. Rts. Comm., A/43/40, annex VII.G (1988) (afirmando que el artículo 27 se extiende a actividades económicas, allí donde la actividad resulta un elemento esencial en la cultura de una comunidad étnica); *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, Comunicación N.º 547/1993 (10 de diciembre de 1992), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, párr. 9.9 (para que el Estado cumpla con el artículo 27 debe adoptar medidas que tengan que ver con las actividades económicas de los Maori, en la medida que les permitan continuar disfrutando de sus culturas, sus profesiones y las prácticas de sus religiones en comunidad con otros miembros de su grupo). *Anni Aärelä and Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia*, Comunicación N.º 779/1997 (4 de febrero de 1997), CCPR/C/73/D/779/1997 (la cría de renos es un elemento esencial de la cultura sami, reconocida por el artículo 27). *I. G.A. Diergaardt (Ultimo Capitán de la comunidad Rehoboth Baster) y otros (representados por Dr. Y. J. D. Peeters, su consejero legal internacional) v. Namibia*, Comunicación N.º 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 de septiembre de 2000), párr. 10.6 y la opinión individual de Elizabeth Evatt y Cecilia Medina Quiroga (concurrentes) (zonas de pastoreo de ganado de una comunidad Africaaner no son reconocidas como una de las situaciones protegidas por el artículo 27 porque no se establece una clara relación entre las zonas de pastoreo de ganado y los distintivos de la cultura de la comunidad).

<sup>51</sup> *Francis Hopu y Tepoaitu Bessert*, Comunicación No 549/1993 (29 de diciembre de 1997) U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

<sup>52</sup> Ver, e.g., *El Caso Miskito*, Caso 794 (Nicaragua), Inter-Am.C.H.R., *Informe sobre la situación de un segmento de la población nicaragüense de origen Miskito*, OEA/Ser. W/11.62, doc. 10 rev. 3, at 76-78, 81 (1983); *El caso Yanomami*, Caso 7615 (Brasil), Inter-Am C.H.R., OEA/Ser. W/11.66, doc. 10 rev. 1 at 24, 31 (1985); Inter-Am. C.H.R., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.UV/11.96, doc. 10 rev., at 03-04 (1997).

igual que otros tratados sobre derechos humanos, el Convenio contra la Discriminación no menciona específicamente los grupos o individuos indígenas. Sin embargo, el principio de no discriminación que se establece en el Convenio, y que prevalece en todos los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta implicaciones particulares a favor de los pueblos indígenas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que promueve la implementación del Convenio, ha adoptado una Recomendación General que identifica tales implicaciones. En su Recomendación General sobre Pueblos Indígenas, el CERD identifica a los pueblos indígenas como vulnerables a los patrones de la discriminación que les ha privado, como grupos, del disfrute de sus propiedades y sus formas de vida distintas y, por lo tanto, hace una llamada a los Estados para que adopten medidas especiales que protejan los patrones culturales indígenas y las formas tradicionales de tenencia de tierras<sup>53</sup>.

El CERD aplicó el principio de no discriminación en el examen de enmiendas a la legislación australiana que regula el reconocimiento de los derechos a las tierras tradicionales. Invocando su «procedimiento de urgencia»<sup>54</sup>, el Comité concluyó que las enmiendas resultaban discriminatorias en contra de los poseedores indígenas de «títulos nativos» (títulos de propiedad basados en la tenencia de la tierra tradicional o la ocupación ancestral) y que traerían como resultado la pérdida de los derechos relativos a «títulos nativos» para los pueblos indígenas del país<sup>55</sup>. En este caso se solicitó a Australia la suspensión de la implementación de las enmiendas, y el compromiso de establecer consultas con los pueblos indígenas del país para encontrar alternativas aceptables<sup>56</sup>. El CERD ha examinado, de manera similar, la situación del pueblo Western Shoshone y de otros pueblos indígenas sometidos a la jurisdicción de los Estados Unidos en la revisión del primer informe periódico de este país bajo la Convención. El Comité expresó su preocupación sobre aspectos de las leyes de los Estados Unidos, según los cuales el Gobierno pretende «derogar unilateralmente» tratados realizados con las tribus indias y tratar a las tribus como «naciones domésticas dependientes»,

<sup>53</sup> CERD, Recomendación General XXIII (51) relativa a los Pueblos Indígenas, adoptada por el Comité en su sesión 1235, de 18 de agosto de 1997.

<sup>54</sup> Para una explicación sobre el funcionamiento del procedimiento de urgencia y alerta temprana del CERD ver Atsuko TANAKA con Yoshinobu NAGAMINE: *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Guide for NGO's*, Minority Rights Group, 2001, pp. 364-366

<sup>55</sup> CERD, Decision 2 (54) sobre Australia. 18/03/99. N54/18. párr. 21(2).

<sup>56</sup> *Id.* en párrs. 11-12.

sujetas a su pleno poder y custodia, e indicó que tales aspectos resultan incompatibles con el Convenio<sup>57</sup>. Además, expresó una preocupación especial en la aplicación de esas doctrinas jurídicas al pueblo Western Shoshone, cuyas tierras tradicionales son ahora consideradas por los Estados Unidos como propias y han sido dedicadas para actividades militares y de extracción de recursos<sup>58</sup>. Señalando la coherencia de su aproximación con relación al amplio régimen internacional de los derechos indígenas, el CERD incluyó en su recomendación a los Estados Unidos que debería considerar la Convención N.º 169 de la OIT como guía en su tratamiento a los pueblos indígenas<sup>59</sup>.

### 3.2. Instrumentos interamericanos de derechos humanos

En el marco de las Américas, los derechos de los pueblos indígenas han sido afirmados por las instituciones del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, sobre la base de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos<sup>60</sup> y de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre<sup>61</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 4 de la Convención Americana, que afirma ampliamente el derecho a la vida, como un requisito para que los Estados adopten medidas para asegurar el medio ambiente natural de aquellos pueblos indígenas que mantienen una especial unión con sus tierras tradicionales y una dependencia muy fuerte con los recursos naturales que éstas les proporcionan<sup>62</sup>. En su examen de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región amazónica ecuatoriana, la Comisión interpretó el derecho a la vida con una sensibilidad hacia las dimensiones materiales y culturales de la relación de los pueblos indígenas con la tierra, y concluyó que este derecho se encontraba en peligro debido a los efectos ambientales de la explotación petrolífera en la región<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America. 14/08/2001. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3., párr. 21

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1 144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor el 18 de julio de 1978).

<sup>61</sup> Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos (30 de marzo-2 de mayo de 1948), O.A.S. Res. 30, O.A.S. Doc. OEA/Ser.W/1.4, rev. (1965).

<sup>62</sup> Inter-Am. Comm. H.R., Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, O.A.S. Doc. OEA/Ser.W/11.96, Doc. 10, rev. 1 (24 de abril de 1997), párr. 106.

<sup>63</sup> *Ibidem*, capítulo IX.

Un apoyo más directo a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y sus recursos naturales se encuentra en el derecho a la propiedad, establecido en el artículo 21 de la Convención y en el artículo XXIII de la Declaración Americana, un derecho que también se reconoce en otros instrumentos sobre derechos humanos, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>64</sup>. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni c. Nicaragua*<sup>65</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Nicaragua había violado los derechos de propiedad de la comunidad indígena Mayagna de Awas Tingni al otorgar a una compañía extranjera una concesión para explotar la madera de las tierras tradicionales de la comunidad y al no conceder un reconocimiento y protección adecuada en la tenencia de sus tierras tradicionales. La Corte opina que el concepto de propiedad establecido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos «incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso si esa propiedad no se encuentra específicamente titulada o reconocida de cualquier forma por el Estado. Awas Tingni, como la mayoría de comunidades indígenas de la Costa Atlántica, no gozaba de un reconocimiento específico del Gobierno sobre sus tierras tradicionales, en forma de título de propiedad o de cualquier otro documento oficial, a pesar de las disposiciones existentes en la Constitución de Nicaragua y de otras leyes que afirman, en términos generales, la existencia de derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente. Ante la ausencia de tal reconocimiento específico del Gobierno, las autoridades de Nicaragua han considerado las tierras tradicionales indígenas no tituladas, o partes substanciales de ellas, como tierras del Estado, tal y como han hecho otorgando las concesiones para adentrarse en el área de Awas Tingni»<sup>66</sup>. La Corte concluyó que, especialmente en la línea de los artículos 1 y 2

<sup>64</sup> *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, G.A. Res. 217 A(III), 10 de diciembre de 1948, art. 17.

<sup>65</sup> *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 79 (2001) (en adelante, «Caso Awas Tingni»).

<sup>66</sup> Para adquirir unos conocimientos sobre el caso Awas Tingni, ver S. James ANAYA y Claudio GROSSMAN: «El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas», en GÓMEZ ISA, F. (Ed.): *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 1-28. S. James ANAYA & S. Todd CRIDER: «Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forestry in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua», *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, 1996, p. 345; S. James ANAYA: «Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua,» *St. Thomas Law Rev.* Vol. 9, 1996, p. 157; Jorge Jenkins MOLIERI: *El Desafío indígena en Nicaragua: El Caso de los Miskitos*, 1986, pp. 33-114.

de la Convención, que requieren que los Estados adopten medidas positivas para proteger los derechos reconocidos en la Convención y en las leyes domésticas, tal negligencia del Estado viola el derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención Americana<sup>67</sup>.

Aunque la Corte acentuó que las mismas leyes domésticas de Nicaragua afirman la propiedad comunal indígena, en términos generales la Corte hizo especial énfasis en que los derechos articulados en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos tienen «sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno»<sup>68</sup>. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presionó especialmente sobre este punto, al llevar adelante el caso ante la Corte, invocando para ello, en sus alegaciones escritas, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a las disposiciones sobre el derecho de propiedad análogas de la Convención Europea de Derechos Humanos, y haciendo referencia a otros desarrollos relacionados en otras partes del Derecho Internacional y de instituciones preocupadas especialmente con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sus recursos naturales<sup>69</sup>. La Corte aceptó la visión de la Comisión según la cual el derecho humano internacional de propiedad, en su significado autónomo de las leyes domésticas, abarca los regímenes comunales de propiedad de los pueblos indígenas tal y como están definidos por sus propias costumbres y tradiciones, según los cuales «la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro»<sup>70</sup>. De acuerdo con esto, la Corte determinó que los pueblos indígenas no sólo tienen derechos de propiedad sobre sus tierras tradicionales protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que también tienen derecho, bajo la Convención, a que el Estado demarque y titule aquellas tierras en su favor en aquellas circunstancias en las que estos derechos no sean asegurados de otra forma. La Corte encontró que Awas Tingni, en particular, tiene el «derecho a que el Estado... delimite, demarque y titule el territorio propiedad de la comunidad»<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> *Caso Awas Tingni, supra*, párrs. 142-55.

<sup>68</sup> *Ibidem*, párr. 146.

<sup>69</sup> *Vid. Final Written Arguments of the Inter-American Commission on Human Rights before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni Against the Republic of Nicaragua*, July 2001, párrs. 62-66, reproducido en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol 19, 2002, p. 325.

<sup>70</sup> *Caso Awas Tingni, supra*, párr. 151

Este derecho está en relación con el artículo 14(2) del Convenio N.º 169 de la OIT, el cual afirma que: «Los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión».

Para llegar a estas conclusiones en el caso Awas Tingni, la Corte recurrió a un método de interpretación que se adecua «a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida», lo que le llevó a subrayar desarrollos modernos de conceptos sobre la propiedad en relación a los pueblos indígenas y sus tierras<sup>72</sup>. En su opinión concurrente, el Juez García Ramírez se centra en esta metodología interpretativa, haciendo referencias específicas a las normas relevantes del Convenio N.º 169 de la OIT, aun cuando Nicaragua no es parte del Convenio, así como a diferentes partes de los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>73</sup>.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguió el precedente y la metodología interpretativa del caso Awas Tingni al tratar una disputa relacionada con los derechos sobre la tierra del pueblo Western Shoshone. En el caso de *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos*<sup>74</sup>, la Comisión extendió la interpretación del derecho a la propiedad de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que se avanzó en el caso Awas Tingni a las normas similares sobre el derecho de propiedad de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre<sup>75</sup>, poniendo énfasis en el debido proceso y en las medidas de protección igualitarias que se tienen que añadir a los intereses indígenas sobre la propiedad de tierras y recursos naturales<sup>76</sup>. El caso surgió con

<sup>72</sup> *Caso Awas Tingni, supra*, párr. 146-49.

<sup>73</sup> *Ibidem*, Sergio García Ramírez, opinión concurrente, párrs. 7-9.

<sup>74</sup> *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos, Caso 11.140*, Informe de fondo N.º 75/02 (27 de diciembre de 2002)[ en adelante «Caso Dann»].

<sup>75</sup> *Ver Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre*, art. XXII: «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales a una vida decorosa, que contribuye a mantener la dignidad de la persona y del hogar.»

<sup>76</sup> Como señaló la Comisión, su examen de la conducta de los Estados en relación a la Declaración es la de promover la observancia de las obligaciones generales de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA, que se derivan de la Carta de la OEA. *Vid. Ibidem*, párr. 95. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las provisiones de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre son obligaciones expresadas de derechos humanos de los Estados bajo la Carta de la OEA. *Ver I/A Court H.R., Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, Ser. A N.º 10 (1989), párrs. 42-45.

el rechazo de las hermanas Mary y Carrie Dann a suscribir el sistema de permisos impuesto por los Estados Unidos para convertir en pastos gran parte de las tierras tradicionales de los Western Shoshone<sup>77</sup>. Teniendo que afrontar los esfuerzos reiterados del Gobierno de los Estados Unidos para obligarles por la fuerza a abandonar el pastoreo de ganado sin permiso y para imponerles multas substanciosas por hacerlo, las hermanas Dann argumentaron que el sistema de permisos contravenía los derechos sobre la tierra de los Western Shoshone. Los Estados Unidos reconocieron que la tierra en cuestión formaba parte de las tierras ancestrales de los Western Shoshone, pero sostenía que los derechos de los Western Shoshone sobre la tierra habían sido «extinguidos» a través de una serie de medidas administrativas y judiciales. La Comisión examinó los procedimientos según los cuales Estados Unidos argumentaba que los Western Shoshone habían perdido sus derechos sobre las tierras y determinó que esos procedimientos no proporcionaron a las hermanas Dann y a otros grupos de los Western Shoshone una oportunidad adecuada para ser escuchados, y que esos procedimientos negaban a estos grupos los mismos procedimientos y las protecciones substantivas que generalmente están a disposición de los propietarios en el Derecho de los Estados Unidos<sup>78</sup>. La Comisión señaló lo inadecuado del fundamento histórico para la presunta expropiación de las tierras de los Western Shoshone —la supuesta necesidad de animar al asentamiento y desarrollo agrícola en el oeste de los Estados Unidos— y también citó el fallo de Estados Unidos en la aplicación a los Western Shoshone de las mismas medidas de compensación que ordinariamente se aplican para las expropiaciones ordinarias de propiedad bajo las leyes de Estados Unidos<sup>79</sup>. Además, la Comisión encontró que los Estados Unidos han «fallado en su obligación de asegurar a las hermanas Dann el derecho a la propiedad en las condiciones de igualdad que establecen los artículos II (derecho a la igualdad de protección), XVIII (derecho a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana en relación con sus reclamaciones sobre los derechos de propiedad en las tierras ancestrales de los Western Shoshone»<sup>80</sup>.

" Para adquirir conocimiento sobre este caso y los litigios que precedieron a la decisión de la Comisión en los Tribunales de los Estados Unidos, ver S. James ANAYA: *Native Claims in the United States*, *op. cit.*, pp. 28-32.

<sup>78</sup> *Vid.* Caso Dann, *supra*, párrs. 133-44.

<sup>79</sup> *Vid. Ibidem*, párrs. 144-45.

<sup>80</sup> *Ibidem*, párr. 147. La Comisión, además, condenó efectivamente, por ser contrarias al Derecho Internacional de los derechos humanos, las comprensiones tan amplias de la doctrina legal de los Estados Unidos relacionada con los pueblos indígenas, incluyendo

En la aplicación e interpretación de las disposiciones citadas de la Declaración Americana en el caso Dann, la Comisión fue explícita en su dependencia de los desarrollos y tendencias en el sistema jurídico internacional relacionado con los derechos de los pueblos indígenas<sup>81</sup>. De manera significativa, la Comisión declaró que los «principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones» del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, «incluyendo aspectos de (su) artículo XVIII, reflejan principios generales de Derecho Internacional que se están desarrollando en el ámbito del sistema interamericano y que se aplican dentro y fuera de éste y que, por ello, deben ser tenidos en cuenta cuando se interpreten y apliquen las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas»<sup>82</sup>.

la doctrina según la cual los Estados Unidos pueden de manera unilateral «extinguir» los derechos a la tierra y otros derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen derechos protegidos por los tratados. Ver *Lonewolf v. Hitchcock*, 187 US 553 (1903); y que la extinción de derechos de los pueblos indígenas a la tierra basados en una ocupación anterior (títulos indígenas) pueden ser extinguidos sin que el Gobierno provea una compensación justa como requieren las expropiaciones ordinarias de propiedad, Ver *Tee-Hit-Ton*, 348 US 272 (1955). Para un análisis crítico de esto y de las doctrinas jurídicas de los Estados Unidos con relación a los pueblos indígenas, ver Robert WILLIAMS Jr.: «The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence», *Wisconsin Law Review*, 1986.

<sup>81</sup> *Vid.* Caso Dann *supra*, párrs. 124-28. La Comisión notó que «una revisión de los tratados, de la legislación y de la jurisprudencia pertinentes, revela el desarrollo que se ha producido, durante más de 80 años, de las normas y principios particulares de derechos humanos aplicables a las circunstancias y al tratamiento que han recibido los pueblos indígenas», *Ibidem*, párr. 125.

<sup>82</sup> *Ibidem*, párr. 129. De acuerdo con la Comisión, estos nuevos «principios generales del sistema internacional» existentes, incluyen en relación con las reclamaciones indígenas sobre las tierras:

- El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus variadas y específicas formas y modalidades de su control, propiedad, uso y disfrute de los territorios y propiedades;
- El reconocimiento de sus propiedades y derechos de propiedad con respecto a sus tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- Donde los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas son consecuencia de derechos existentes previamente a la creación de un Estado, el reconocimiento de ese Estado de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas relativos a las tierras y a modificar tal título solo como consecuencia de un consenso mutuo entre el Estado y los pueblos indígenas respectivos donde tengan un conocimiento total y apreciación de la naturaleza o atributos de tales derechos de propiedad y uso de tal propiedad<sup>13</sup>. Esto también implica el derecho a una compensación justa en el caso que tales derechos de propiedad y uso se pierdan irrevocablemente.

*Ibidem*, párr. 130.

El Artículo XVIII del citado proyecto de Declaración<sup>83</sup> proporciona a las formas tradicionales de posesión de la tierra una protección en términos similares a la establecida por el Convenio N.º 169 de la OIT, que la Comisión también menciona en sus análisis<sup>84</sup>. De esta manera, la Comisión señaló el desarrollo de un régimen *sui generis* de normas internacionales y jurisprudencia relacionada con los pueblos indígenas y la Cima que representa el Convenio N.º 169 de la OIT en ese desarrollo, incluso con respecto a Estados, como los Estados Unidos, que no son partes del Convenio.

#### 4. Emergencia de Derecho Internacional consuetudinario

Como ya se ha indicado, resulta evidente que los pueblos indígenas han alcanzado un nivel sustancial de atención en la comunidad internacional, y con esta atención se ha impulsado un movimiento orientado hacia la opinión convergente sobre la existencia y contenidos de normas internacionales relevantes. La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos a favor de los pueblos indígenas contribuye al conjunto de desarrollos hacia un consenso uniforme y generalizado sobre el contenido de esas normas, más allá de expresar las obligaciones derivadas de esos tratados. Los múltiples desarrollos relevantes de las dos últimas décadas incluyen las discusiones sobre los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos indígenas. A pesar de la persistencia de vacíos en diversos aspectos de los proyectos, las discusiones multilaterales que se han producido en relación a estas cuestiones durante los últimos años han ayudado a generar un cierto consenso sobre principios comunes de derechos de los pueblos indígenas, los cuales son evidentes en algunas de las disposiciones de diversos instrumentos ya adoptados.

Esto no quiere decir que se haya conseguido un consenso totalmente satisfactorio sobre derechos de los pueblos indígenas o que exista un compromiso suficiente en las autoridades estatales o internacionales

<sup>83</sup> El artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece, *inter alia*, que «los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad [y] tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento».

<sup>84</sup> Vid. Caso Dann, *supra*, párr. 129-130.

para implementar este consenso. Pero sí es importante evaluar la situación de este consenso y añadir que, mientras que se desarrolle un entendimiento común sobre los contenidos de los derechos indígenas, también se consolidan las expectativas de que estos derechos se mantendrán, sin reparar en cualquier acto formal de consentimiento de las normas articuladas. De esta manera, este consenso desarrollado no es sólo un fenómeno político con consecuencias legales potenciales futuras, sino que más bien representa Derecho Internacional consuetudinario emergente con implicaciones legales en el presente. Esta es, efectivamente, la conclusión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al declarar la existencia de «principios generales en el sistema internacional» que se han desarrollado en los años recientes para confirmar los derechos indígenas.

La discusión sobre los pueblos indígenas y sus derechos promovida a través de las instituciones y Conferencias internacionales durante las últimas décadas se ha producido en respuesta a las demandas realizadas por los grupos indígenas durante varios años. La suposición dominante ha sido que la articulación de normas relacionadas con los pueblos indígenas es un ejercicio en la identificación de pautas de conducta que se requieren para confirmar valores ampliamente compartidos de dignidad humana. Los derechos de los pueblos indígenas no se aisladamente, sino que, como se demostró con la aplicación de los instrumentos de derechos humanos de aplicación general, derivan de principios de derechos humanos previamente aceptados, tales como la no discriminación, la autodeterminación, la integridad cultural y la propiedad. Los procesos multilaterales que construyen una concepción común del contenido de los derechos de los pueblos indígenas también construyen expectativas de comportamientos en conformidad con estos derechos.

Bajo las modernas teorías jurídicas, estos procesos que generan consenso y expectativas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas son procesos que construyen Derecho Internacional consuetudinario. La existencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario es significativa, porque los Estados, por lo general, se encuentran sujetos a esas normas, incluso aquellos Estados que no han ratificado los tratados de que se trate. Las normas del Derecho consuetudinario surgen cuando un grupo preponderante de Estados y de otros actores con autoridad convergen en una misma manera de entender el contenido de las normas y, por lo tanto, esperan que los comportamientos

<sup>85</sup> Caso Dann, *supra*, párr. 129-130.

futuros se den en conformidad con esas normas<sup>86</sup>. Los puntos tradicionales de referencia para determinar la existencia y los contenidos de las normas consuetudinarias son las pautas relevantes de la conducta actual de parte de las agencias estatales. Hoy, sin embargo, la práctica actual de los Estados no es el único indicio determinante necesario de las normas consuetudinarias. Con la llegada de las modernas instituciones intergubernamentales de carácter internacional y la mejora de los medios de comunicación, los Estados y otros actores han entablado un diálogo prescriptivo que va en aumento. Especialmente en escenarios multilaterales, una comunicación explícita puede desembocar en una convergencia de formas de entender y de tener expectativas sobre las normas, estableciendo en dichas normas un empuje hacia la conformidad, incluso de antemano a la generalización de la pauta correspondiente de actuación práctica<sup>87</sup>. De esta manera, se considera cada vez más asumido que la comunicación explícita, del tipo que se realiza en Naciones Unidas y en otros foros internacionales en relación con los derechos de los pueblos indígenas, es en sí misma una forma de práctica que sirve para construir normas consuetudinarias<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Ver, de manera general, Myres MCDUGAL *et al.*: *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, 1980, p. 269; artículo 38(1)(a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se describe «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho».

<sup>87</sup> Ver Thomas M. FRANK: «Legitimacy in the International System», *American Journal of International Law*, Vol. 82, 1988, p. 705 (un estudio jurisprudencia) en relación con la identificación de los elementos que establecen en las normas internacionales el «empuje hacia la conformidad»; MCDUGAL *et al.*, *supra*, p. 272 («Es fácilmente observable que tales organizaciones, especialmente las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, juegan un rol importante que va en aumento como foros para el flujo de comunicaciones explícitas y actos de colaboración los cuales crean expectativa en los pueblos sobre las políticas comunitarias autorizadas»).

<sup>88</sup> Ver *id.* 272-73; Bin CHENG: «United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?» *5 Indian Journal of International Law*, Vol. 23, 1965, p. 45 (declara que la creencia común de los Estados de que están obligados por una norma es el «único elemento constitutivo» de que la conducta actual que se viene conformando simplemente provee evidencias de la existencia de una norma); el profesor Bowllie define las fuentes «materiales» de la «costumbre» incluyendo la correspondencia diplomática, las declaraciones políticas, las notas de prensa... comentarios de los Gobiernos sobre proyectos producidos por la Comisión de Derecho Internacional..., práctica de órganos internacionales y resoluciones sobre cuestiones legales en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El profesor Sohn observa que la práctica del Gobierno en la negociación del texto de un instrumento internacional puede en sí misma generar Derecho consuetudinario, incluso de antemano a la adopción formal o a la ratificación del instrumento, en Louis B. SOHN: «"Generally Accepted" International Rules,» *Washington Law Review*, Vol. 61, 1986, pp. 1073-1077.

La reivindicación aquí no es que cada uno de los documentos autorizados y decisiones referidas en el párrafo anterior pueden ser cogidas en su totalidad como normas consuetudinarias articuladas, sino que colectivamente representan un núcleo normativo de preceptos que son, o se han vuelto, ampliamente aceptados entre los actores autorizados y que, por lo tanto, son indicadores de Derecho consuetudinario emergente. De nuevo, esto es significativo, porque el Derecho Internacional consuetudinario, una vez cristalizado, impone obligaciones en las unidades constitutivas de la comunidad mundial independientemente de las obligaciones asumidas formalmente por actos de ratificación o acesión a un tratado.

Las normas concernientes a los pueblos indígenas que son abarcadas por los preceptos de derechos humanos y aceptadas generalmente por la comunidad internacional proporcionan motivos para que los Estados adopten iniciativas para producir condiciones que estén en conformidad con las normas. Durante los últimos años, muchos Estados han promulgado disposiciones constitucionales o leyes que, más o menos, reflejan el consenso internacional desarrollado sobre los derechos de los pueblos indígenas. Mientras que los desarrollos internacionales y las interpretaciones de los instrumentos internacionales existentes descritos más arriba son impulsos para las reformas legales domésticas, a su vez las reformas domésticas refuerzan los desarrollos internacionales y la emergencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario, en la medida en que las reformas están llevando a una pauta bien definida y consistente de prácticas legales internas que favorecen la supervivencia de las comunidades y las culturas indígenas. Por ejemplo, Brasil reformó su constitución en 1988 para conceder una mayor protección a los indios y a sus tierras. El artículo 231 de la Constitución reformada reconoce la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas y sus derechos a las tierras que han ocupado tradicionalmente. La Constitución de Colombia, de 1991, ofrece a los pueblos indígenas una consideración constitucional especial. Los pueblos indígenas forman una circunscripción especial de cara a las elecciones de los representantes gubernamentales. Tienen algunos derechos al autogobierno, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones en sus tierras, incluyendo la administración de justicia. La integridad cultural, social y económica es protegida de manera general por el artículo 330 de la Constitución. La Constitución ecuatoriana de 1998 contiene diversas disposiciones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. En el título III, el artículo 84 de la Constitución de Ecuador reconoce y garantiza a los pueblos indígenas derechos colectivos para mantener y desarrollar sus tradiciones culturales y económicas, conservar sus tierras

comunitarias y mantener la posesión de sus tierras comunitarias ancestrales. El artículo 84 de la Constitución compromete al Estado para promover las prácticas de los pueblos indígenas en el manejo de la biodiversidad, formas tradicionales de organización social y propiedad intelectual colectiva. También existe legislación para proteger a los pueblos indígenas de los desalojos de sus tierras y para garantizarles el derecho a participar en los procesos oficiales, con financiación adecuada del Estado, destinados a la formulación de prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejora de sus condiciones económicas y sociales. Canadá también incluye en su sistema constitucional afirmaciones de los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de Canadá, de 1982, mantiene que «los derechos aborígenes basados en tratados existentes de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y afirmados por ese medio.» Esta garantía legal abarca títulos originales como refuerzo a los derechos sustantivos y por ese medio limita los actos legislativos que pudieran restringir o extinguir los derechos de propiedad aborígenes de los pueblos indígenas.

En muchos países, como Australia, la protección legal para los pueblos indígenas ha resultado de decisiones judiciales. En la decisión del Alto Tribunal de Australia en el caso de *Mabo v. Queensland*,<sup>89</sup> se invocó específicamente el Derecho Internacional contemporáneo de los derechos humanos para mantener los derechos indígenas a las tierras y a los recursos sobre la base de las pautas históricas de uso y de ocupación. En respuesta al caso *Mabo*, el Gobierno Federal de Australia adoptó en 1993 *The Native Title Act*. Los propósitos principales de la ley son reconocer y proteger los títulos nativos y crear un tribunal nacional donde los reclamantes puedan exponer sus quejas sobre las tierras. A pesar de recientes enmiendas a la *Native Title Act*, que fueron objeto de críticas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU<sup>90</sup> y que, de alguna manera, limitan la protección para los títulos nativos, la ley mantiene una protección legal substancial para la tenencia de la tierra indígena.

La interrelación entre los desarrollos internacionales y domésticos concernientes a los pueblos indígenas se pueden apreciar especialmente en la práctica actual de los Estados de informar a los órganos internacionales sobre sus respectivas leyes domésticas e iniciativas. Mucha de esta información, si no toda, surge fuera del alcance de alguna obligación específica nacida de un tratado. La práctica gubernamental de

informar sobre los desarrollos domésticos ha sido una característica regular de las reuniones anuales del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas y de las reuniones de los órganos que están por encima de dicho Grupo, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y su Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Los compromisos, orales y escritos, de los informes que hacen los Gobiernos a los órganos internacionales de sus leyes domésticas y sus iniciativas son indicativos de normas internacionales consuetudinarias en dos aspectos. En primer lugar, el registro de la conducta de los Estados da muestra de pautas de comportamiento que pueden servir para identificar o confirmar el contenido de los estándares subyacentes, a pesar de las dificultades que pueden existir a la hora de llegar a un acuerdo sobre un lenguaje normativo que pueda ser incluido en textos escritos. En segundo lugar, debido a que los informes están dirigidos a audiencias internacionales sensibilizadas con los derechos de los pueblos indígenas, éstos proporcionan una sólida indicación de las apreciaciones subjetivas sobre obligaciones y expectativas. En los discursos de los Gobiernos es evidente la aceptación implícita y el empuje hacia la conformidad de ciertos preceptos normativos establecidos en principios generales de derechos humanos.

Por supuesto, todavía falta mucho para que las normas constitucionales y las leyes domésticas sean implementadas adecuadamente; del mismo modo, para muchos pueblos indígenas las normas consuetudinarias internacionales emergentes parecen más un ideal que una realidad. Sin embargo, las normas internacionales consuetudinarias son instrumentos según los cuales los pueblos indígenas pueden apelar a los actores autorizados en ambos marcos, doméstico e internacional, y responsabilizar a los Estados por actos u omisiones que sean contrarios a sus intereses.

El contenido específico de una nueva generación de normas internacionales consuetudinarias concernientes a los pueblos indígenas está todavía en desarrollo y sigue siendo un tanto ambiguo. Aun así, los elementos esenciales de las normas están, de manera creciente, siendo confirmados y reflejados en el diálogo extensivo multilateral y en los procesos de decisión centrados en los pueblos indígenas y sus derechos. Estos elementos esenciales se pueden resumir en los siguientes:

- 1 *Autodeterminación*. A pesar de que diversos Estados se han resistido de manera expresa a la utilización del término autodeterminación en relación con los pueblos indígenas, es posible mirar más allá de sensibilidades retóricas para percibir un consenso amplio al respecto. Ese consenso sostiene la opinión de que los

<sup>89</sup> *Mabo v. Queensland* N.º 2 (1992) 175 C.L.R. 1, 69 (Austl.).

<sup>90</sup> *Ver supra*.



pueblos indígenas tienen derecho a continuar siendo considerados como grupos diferenciados y, como tal, a tener el control de su propio destino en condiciones de igualdad. Este principio tiene implicaciones para cada decisión que pueda afectar los intereses de un grupo indígena.

2. *Integridad cultural.* Hoy existen pocas controversias sobre el planteamiento que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas, dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables. La cultura es entendida generalmente de manera que incluye pautas afines, lengua, religión, rituales, arte y filosofía: de manera adicional, se entiende cada vez más que abarca pautas sobre el uso de las tierras y otras instituciones que pueden extenderse hacia esferas económicas y políticas. Además, los gobiernos están llamados a mantener y, de hecho, mantienen por sí mismos obligaciones positivas en este ámbito.
3. *Tierra y recursos.* En general, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad de, o a un control sustancial sobre y acceso a, las tierras y recursos naturales que tradicionalmente han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales. Donde los pueblos indígenas han sido desposeídos de sus tierras tradicionales o han perdido el acceso a los recursos naturales a través de la coacción o el fraude, la norma para los gobiernos es la de establecer procedimientos que permitan a los grupos indígenas afectados recuperar las tierras o el acceso a los recursos que necesitan para su subsistencia y prácticas culturales y, en circunstancias apropiadas, a recibir una compensación.
4. *Bienestar social y Desarrollo.* En relación con el fenómeno histórico que ha dejado a los pueblos indígenas entre los más pobres de los pobres, se acepta con carácter general que se debe prestar a los pueblos indígenas una especial atención en relación con su salud, vivienda, educación y empleo. Como mínimo, los Gobiernos tienen que adoptar medidas para eliminar los tratos discriminatorios y otros impedimentos que han privado a miembros de grupos indígenas de los servicios sociales de que han venido disfrutando los sectores dominantes de la población.
5. *Autogobierno.* El autogobierno es la dimensión política de la autodeterminación, tal y como la conocemos. Los elementos esenciales de una norma en desarrollo sobre un autogobierno *sui generis* en el contexto de los pueblos indígenas se basa en la co- yuntura de preceptos ampliamente aceptados sobre la integri-

dad cultural y la democracia, en los que se incluyen preceptos sobre el gobierno local. La norma mantiene la autonomía local gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas de acuerdo con sus modelos históricos, políticos o culturales, mientras que, a su vez, defienden su participación efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales del Gobierno. La participación, en este sentido, incluye consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier decisión que pueda afectar a sus intereses.

6. *Especial obligación de cuidado.* La total implementación de las normas precedentes, y la activa protección del disfrute de los pueblos indígenas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales generalmente aceptados, son el objetivo básico de una obligación especial de velar por los intereses de los pueblos indígenas. Con creciente intensidad durante los últimos años, la comunidad internacional ha mantenido a los pueblos indígenas como sujetos especiales de preocupación y de búsqueda de soluciones consensuadas para asegurar sus derechos y bienestar. De manera adicional, resulta cada vez más evidente que los principales actores internacionales esperan que los Estados actúen en su ámbitos domésticos a través de medidas positivas para salvaguardar los derechos e intereses de los grupos indígenas que existan dentro de sus fronteras. Cualquier Estado que no consiga mantener una obligación de cuidado hacia los pueblos indígenas y permita la flagrante o sistemática ruptura de las pautas que hemos mencionado más arriba, tanto si se admite como si no se admite su carácter de Derecho consuetudinario, se arriesga a una condena internacional. El término «tutela» o «relación de tutela» no se usa comúnmente en los discursos internacionales contemporáneos en relación a los pueblos indígenas. Hoy, el principio de una especial obligación de cuidado ha quedado, en gran parte, desprovisto de paternalismo y de una connotación negativa para las culturas no europeas, previamente unidas a una retórica de relación de tutela. En su lugar, el principio descansa sobre un conocimiento amplio, en la línea de los valores contemporáneos, de las condiciones relativamente desventajosas de los pueblos indígenas como resultado de siglos de opresión. Además, en relación con el principio de autodeterminación, la obligación de velar por los intereses de los pueblos indígenas tiene que ser ejercitada de acuerdo con sus aspiraciones formuladas colectivamente.

## 5. Conclusiones

Los pueblos indígenas se han insertado de una manera muy relevante en la agenda de los derechos humanos a nivel internacional. Para realizar esto, han creado un movimiento que ha retado a las estructuras estatales de poder, bien asentadas, y también a preceptos aceptados durante mucho tiempo que no otorgaban el suficiente valor a las culturas indígenas, a sus instituciones y a sus identidades como grupo. Este movimiento, aunque con tensiones, ha conseguido lograr una preocupación internacional creciente sobre los pueblos indígenas y una constelación, todavía en pleno desarrollo, de normas internacionales aceptadas que están generalmente en línea con las demandas y aspiraciones propias de los pueblos indígenas. Estas normas encuentran su expresión básica en el Convenio N.º 169 de la OIT, en otros instrumentos internacionales y en decisiones de órganos internacionales, y son también discernibles en las discusiones que se producen a nivel multilateral sobre los pueblos indígenas y sus derechos. En los aspectos esenciales, las pautas articuladas concernientes a los pueblos indígenas pueden ser vistas como un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario. El alcance final de la afirmación internacional de los derechos de los pueblos indígenas se está desarrollando todavía mientras los pueblos indígenas continúan presionando a favor de su causa. Sin embargo, en proporción al grado de aceptación por los actores relevantes en la esfera internacional, nuevas y emergentes normas relacionadas con los pueblos indígenas están surgiendo, y las conductas disconformes con ellas pueden ser objeto de escrutinio en el floreciente sistema internacional de protección de los derechos humanos. Para muchos pueblos indígenas, tal escrutinio puede ser un factor crítico, si no determinante, para su propia supervivencia. El movimiento hacia un nuevo orden normativo relacionado con los pueblos indígenas es una manifestación dramática de las capacidades de progreso social y cambio que existen en el marco de los derechos humanos en el sistema internacional contemporáneo.